

MANUEL ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

DU MÊME AUTEUR

Manuel élémentaire de droit constitutionnel, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil des principales questions d'examen.* Arthur Rousseau, éditeur, 5e édition, 1908. . . . . 6 fr.

Manuel élémentaire de droit civil, *conforme au programme en vigueur, suivi d'un résumé en tableaux synoptiques.* Arthur Rousseau, éditeur, 2e édition, 3 vol., chacun. . . . . 6 fr.

Manuel élémentaire de droit international privé, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques.* Arthur Rousseau, éditeur, 1907, 1 vol . . 6 fr.

Manuel élémentaire d'économie politique, *à l'usage des étudiants de 1re et 2e années avec tableaux synoptiques.* Arthur Rousseau, 3e édit., 1907, 1 vol. 6 fr.

Manuel élémentaire de procédure civile, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen,* 3e édition, 1908. Arthur Rousseau, éditeur, 1 vol. . . . . . . 6 fr.

Manuel élémentaire d'histoire générale du droit français, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen,* 4e édit., 1908. Arthur Rousseau, éditeur. 6 fr.

Manuel élémentaire de droit administratif, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen,* 7e édition, 1907. Arthur Rousseau, éditeur . . . . . . 6 fr.

Manuel élémentaire de droit international public, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen,* 6e édition, 1908. Arthur Rousseau, éditeur . . . . 6 fr.

DU MÊME AUTEUR

En collaboration avec M. E. Dupont, *Docteur en droit.*

Manuel élémentaire de droit criminel, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques,* 1907, Arthur Rousseau, éditeur.. . . . . 6 fr.

DU MÊME AUTEUR

En collaboration avec M. Boitel, *directeur de l'Ecole Turgot.*

Synthèse de droit, *ouvrage indispensable aux étudiants en droit des trois années de licence,* 1907. Charles Delagrave, éditeur, 1 vol. cartonné, 3 fr. 50

Notions de droit commercial, *ouvrage indispensable aux étudiants en droit de troisième année,* 1907. Charles Delagrave, éditeur, 1 vol. cartonné . . . . 2 fr.

MANUEL ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

A L'USAGE

des Étudiants en droit de première et deuxième années

SUIVI :

D'un résumé en tableaux synoptiques
et
d'un recueil méthodique des principales questions d'examen

PAR

RENÉ FOIGNET
Docteur en droit

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—

1908

MANUEL ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

Définition. — Le droit Romain est l'ensemble des institutions juridiques qui ont été en vigueur à Rome et sur les territoires soumis à la domination Romaine, depuis la fondation de Rome (753 avant Jésus Christ) jusqu'à la mort de Justinien (565 après Jésus Christ).

Pourquoi on étudie le droit romain. — *Deux raisons.* — On étudie le droit romain pour deux raisons :

1° *Raison historique.* — Le droit français actuel procède directement du droit romain dans un très grand nombre de ses parties, notamment, en matière de propriété, de servitudes, de contrats et d'obligations. Etudier le droit romain, c'est remonter aux sources mêmes du droit français.

2° *Raison scientifique.* — L'étude du droit romain est la meilleure école pour la formation de l'esprit juridique, parce qu'elle permet de suivre chaque institution dans tout le cours de son évolution, depuis ses origines les plus lointaines jusqu'à son développement le plus parfait.

Comment on doit étudier le droit romain. — On ne doit pas étudier le droit romain, comme on étudie le droit français, en cherchant à déterminer d'après les textes de Justinien, les règles

de chaque institution dans le dernier état de la législation romaine. On doit en faire une étude historique ; c'est à dire rechercher pour chaque institution, comment elle est née, comment elle s'est développée, quelle transformation elle a subie aux différentes époques de son existence et comment elle se comporte encore au temps de Justinien.

Principales divisions de l'histoire du droit romain. — *Plusieurs systèmes proposés.* — On a proposé trois principales divisions pour l'histoire du droit romain.

a) *Division proposée par M. Girard.*

Division en quatre périodes. — M. Girard divise l'histoire du droit romain en quatre grandes périodes.

1re période : La Royauté. — *Son étendue.* — La première période s'étend de la fondation de Rome à l'an 244 U. C. (ou bien de 753 avant J.-C. à 510 avant J. C.).

Organisation politique. — Les pouvoirs publics comprennent trois éléments : le Roi, les Comices et le Sénat.

Le Roi, désigné par les comices, exerce tout seul le pouvoir suprême pendant toute sa vie.

Les Comices constituent une assemblée politique de tous les hommes libres en état de porter les armes. Il y eut deux sortes de comices ; d'abord, les Comices par curies qui existèrent seuls jusqu'à Servius Tullius, et où dominait l'aristocratie de naissance, — puis, à partir de Servius Tullius, les comices par centuries, dans lesquels la prédominance fut accordée à l'aristocratie de fortune.

Le Sénat, composé tout d'abord de 100, puis de 300 membres, a un pouvoir consultatif.

2e période : La République. — *Son étendue.* — Elle commence en l'an 244 de Rome pour finir en 727 de Rome (ou 753 av. J.-C. à 27 av. J.-C.).

Organisation politique. — Les pouvoirs publics comprennent encore trois éléments : les magistrats, les comices et le Sénat.

La magistrature n'est plus confiée à un personnage unique nommé à vie. Il y a désormais deux consuls, nommés pour un an. Plus tard, en 387, le nombre des magistrats s'accroît encore par le morcellement du consulat ; il y eut notamment le préteur, chargé de rendre la justice, et les édiles curules, chargés de la police des marchés.

Les comices par curies et les comices par centuries continuent à se réunir.

A côté se tiennent des réunions, appelées comices par tribus, où domine l'influence de la plèbe, et qui sont présidées par des magistrats spéciaux pris dans son sein, les tribuns du peuple.

Enfin, le Sénat acquiert une influence considérable. Il est consulté par les consuls sur toutes les questions importantes, décide de la paix et de la guerre, exerce une surveillance sur les magistrats.

3e période : Le Principat ou dyarchie. — *Son étendue.* — Cette période commence au principat d'Auguste et finit à l'avènement de Dioclétien (727 de Rome ou 27 av. J. C. à 284 après J.-C.).

Organisation politique. — Le pouvoir suprême est partagé entre l'empereur et le Sénat, d'où le nom de dyarchie donné à ce régime.

L'empereur et ses préfets (préfets du prétoire, de la ville, des vigiles, de l'anonne, etc.) se substituent aux anciens magistrats de la République, consuls, préteurs, édiles, dont l'autorité tend à devenir purement nominale.

Le Sénat acquiert peu à peu le pouvoir législatif et le pouvoir électoral des comices.

Les comices ne se réunissent plus que pour la forme à chaque avènement d'empereur, pour l'acclamer.

4e période : Monarchie absolue. — *Son étendue.* — Elle commence avec Dioclétien en 284, et s'étend jusqu'à la mort de Justinien, 565.

Organisation politique. — Cette période est connue dans l'histoire sous le nom de monarchie absolue ou de monarchie administrative.

Monarchie absolue, parce que tous les pouvoirs sont concentrés entre les mains de l'empereur sans aucun contrepoids. Le Sénat n'est plus qu'une sorte de conseil municipal de la ville de Rome ; les comices cessent de se réunir.

Monarchie administrative, parce que l'action administrative prend un développement excessif, supprimant toute initiative et toute liberté individuelle, se préoccupant d'assurer partout l'existence et la prospérité matérielle des personnes, et cantonnant les individus dans une fonction déterminée qu'ils ne peuvent quitter de leur vivant et qu'ils transmettent après leur mort à leurs héritiers.

b) *Division adoptée par M. Cuq.*

Division en trois grandes périodes. — Une division plus simple a été adoptée par M. Cuq et est suivie de plus en plus dans les Facultés de droit pour l'étude du droit romain. C'est la division en trois périodes :

L'ancien droit ;

Le droit classique ;

Le droit du bas empire.

1re période : Ancien droit. — *Son étendue.* — L'ancien droit commence avec la fondation de Rome et s'étend jusqu'au VIIe siècle de Rome.

Ses caractères généraux. — Dans cette première phase de son histoire le droit romain présente les caractères suivants :

1° Dans ses règles, il est strict, conservateur et formaliste.

2° Dans son application, il est exclusif, en ce sens qu'il ne s'applique qu'aux citoyens Romains et ne peut pas être invoqué par les pérégrins.

3° Dans ses sources, il est surtout coutumier. Le seul monument de cette époque est la loi des douze tables, qui n'est qu'une codification des coutumes préexistantes.

2e période : Droit classique. — *Son étendue.* — L'époque classique peut être entendue d'une façon large ou d'une façon restreinte.

Entendue d'une façon large, l'époque classique commence au VIIe siècle de Rome avec le premier jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, Quintus Mucius, et elle finit à l'avènement de Constantin (325).

Entendue d'une façon plus étroite, l'époque classique commencerait avec le règne d'Hadrien (117) et finirait à la mort d'Alexandre Sévère (235).

Cette période est ainsi appelée, en raison de la perfection que présente à ce moment la jurisprudence romaine. C'est l'époque des grands jurisconsultes qui ont fait du droit romain une construction scientifique de tout premier ordre.

Ses caractères généraux. — Le droit romain se transforme sous une double action : celle des jurisconsultes et celle du préteur.

1° Dans ses règles, il est moins strict, moins conservateur, et moins formaliste.

Moins strict, en ce qu'on se préoccupe davantage de l'équité,

que l'on fait prédominer sur l'application des règles rigoureuses du droit pur ;

Moins conservateur, en ce que le cadre étroit des institutions juridiques s'élargit sous l'influence des phénomènes politiques et économiques ;

Moins formaliste, en ce qu'on tient compte davantage de l'intention des parties contractantes et qu'on attache moins d'importance à la forme extérieure des actes.

2° Dans son application, le droit cesse d'être exclusif. A côté du *jus civile*, droit civil, réservé aux seuls citoyens romains, se forme et se développe un droit plus large accessible aux pérégrins comme aux citoyens romains, et qu'on appelle le *jus gentium*.

3° Dans ses sources, on trouve, en dehors de la coutume, les lois votées par les comices, les plébiscites votés dans les réunions de la plèbe, et à partir d'Auguste, les sénatus-consultes et les constitutions impériales, mais par dessus tout, les édits des magistrats et les réponses des jurisconsultes.

3e période : Bas empire. — *Son étendue.* — Le bas empire commence avec Constantin (325) et s'étend jusqu'à la mort de Justinien (565). C'est l'époque de la décadence. Le droit romain perd son caractère scientifique ; il n'y a plus de jurisconsulte véritablement digne de ce nom.

Caractères généraux. — 1° Dans ses règles, l'équité a triomphé définitivement des derniers vestiges du formalisme antique.

2° La distinction du droit civil et du droit des gens cesse de s'appliquer ; le droit romain régit désormais tous les habitants de l'empire, devenus tous citoyens romains.

3° Il n'y a plus qu'une seule source du droit : les constitutions impériales, qui donnent lieu à plusieurs codifications successives : Code Grégorien, Code Hermogénien, Code Théodosien et Code de Justinien.

c) *Division adoptée par M. May.*

Division en deux périodes. — Pour M. May (1), le droit romain doit être divisé en deux périodes :

1re période : la période du *jus civile*, depuis les origines jusqu'à Auguste ;

2e période : la période du *jus gentium*, depuis Auguste jusqu'à Justinien.

(1) *Eléments de droit romain*, 9e édit., p. 13 et suiv.

1re période : Le jus civile, depuis les origines jusqu'à Auguste. — *Notion du jus civile.* — Ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, le *jus civile* est le droit qui est réservé aux seuls citoyens romains, tandis que le *jus gentium* est l'ensemble des règles applicables indistinctement aux citoyens romains et aux pérégrins.

Caractères du jus civile. — Le *jus civile*, qui domine pendant cette première période de l'histoire du droit romain présente les caractères que nous avons signalés précédemment.

Il est exclusif ; il est strict ; il est conservateur, il est formaliste.

2e période : Le jus gentium, depuis Auguste jusqu'à Justinien. — *Caractères du jus gentium* — Le *jus gentium* est le droit naturel, plus humain, moins formaliste, faisant triompher l'équité sur le droit strict, l'intention des parties sur les formules employées.

Raisons du développement du jus gentium. — Le *jus gentium* se développe à la faveur de deux causes principales :

1° Les transformations économiques. Rome cesse d'être une cité purement agricole pour devenir un centre commercial considérable.

2° L'influence des peuples adonnés au négoce, tels que les Grecs, qui avaient une législation plus simple et plus appropriée aux besoins du commerce.

*** **Etude des sources du droit à Rome.** — *Importance de la question.* — Cette question nous paraît devoir retenir davantage encore l'attention des étudiants que celle des divisions du droit romain à laquelle, d'ailleurs, elle se rattache étroitement.

Première distinction. — Droit écrit et droit non écrit. — Une première distinction des sources du droit romain est celle du droit écrit et du droit non écrit.

Le droit écrit est celui qui est établi par une autorité législative. Rentrent dans cette catégorie aux différentes époques de l'histoire de Rome : les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes et les constitutions impériales.

Le droit non écrit est celui qui résulte de la coutume. Il précède historiquement dans le temps le droit écrit et il a toujours exercé à Rome une très grande influence. On peut d'ailleurs y rattacher, comme droit coutumier de formation secondaire, l'interprétation des jurisconsultes et les édits des magistrats.

*** *Deuxième distinction d'importance capitale : le droit civil et le droit honoraire.* — Une autre distinction à notre vis beaucoup

plus importante, plus intéressante à bien mettre en relief au début de l'étude du droit romain est celle de la distinction du droit civil et du droit honoraire ou prétorien, indiqué par Papinien dans son livre des définitions (D. 7 pr et § 1 I.I).

*** **Le droit civil et le droit honoraire ou prétorien.** — *Son importance.* — Cette distinction est capitale ; elle donne au droit romain sa physionomie propre. Tandis qu'en droit français le droit est uniforme, à Rome, pendant la plus grande partie de son histoire, le droit est en quelque sorte dédoublé : d'une part, il y a les règles du droit civil, d'autre part, les règles du droit honoraire ou prétorien.

Caractères distinctifs. — Le droit civil est celui qui émane des autorités législatives de Rome. Il représente, en quelque sorte, le droit antique, traditionnel, vigoureux et formaliste.

Le droit honoraire (1) est celui qui émane des édits des magistrats et notamment du préteur. C'est un droit plus humain, plus équitable, moins formaliste, plus en rapport avec les idées nouvelles et les nécessités de la pratique.

En cas de conflit entre le droit civil et le droit prétorien, c'était le droit prétorien qui l'emportait. En sorte qu'on peut dire aussi que le droit civil était le droit de la théorie, auquel il était rendu un constant hommage même quand il avait été délaissé, en raison du respect religieux que les Romains avaient pour leurs traditions historiques, tandis que le droit prétorien était le droit de la pratique.

Durée de cette distinction. — Cette dualité du droit romain commence à s'affirmer seulement à partir de la loi Æbutia (605 à 628 de Rome). Et elle ne disparaît d'une façon absolue que sous Justinien qui réalise l'unité définitive de la législation romaine par la fusion du droit civil et du droit honoraire.

a) *Le droit civil.*

Les cinq sources du droit civil. — D'après le texte précité de Papinien les cinq sources du droit civil sont : la loi, le plébiscite le sénatus consulte, les constitutions impériales et les réponses des prudents. On doit donc entendre par règle ou institu-

(1) Honoraire vient du mot *honos* qui veut dire magistrature. Les deux expressions « honoraire et prétorien » étaient synonymes, parce que le préteur était de tous les magistrats romains celui dont les édits avaient la plus grande portée au point de vue des institutions juridiques.

tion de droit civil (1) toute règle ou toute institution émanant d'une de ces cinq sources.

1. La loi. — *Définition.* — La loi est toute mesure édictée par le peuple réuni dans ses comices.

Lois curiates et lois centuriates. — On distingue deux sortes de lois : les lois curiates et les lois centuriates

Les lois curiates sont celles qui étaient votées par le peuple romain réuni en comice par curies (2).

Les lois centuriates sont celles qui étaient votées par le peuple romain réuni en comice par centuries (3).

La loi des douze tables. — *Définition.* — La loi des douze tables est une codification du droit coutumier en vigueur.

Raison de cette rédaction. — C'est à la demande des plébéiens que cette rédaction fut faite. Ils accusaient les patriciens de profiter de l'obscurité et de l'incertitude du droit coutumier pour commettre à leur détriment des abus de pouvoir.

Procédé de rédaction. — On chargea de cette rédaction dix magistrats, qu'on appela en raison de leur nombre décemvirs, investis d'une véritable dictature. Au bout d'un an ils avaient rédigé dix tables de lois qui furent approuvées par les comices par curies. Ce travail ayant été jugé incomplet, on y ajouta deux autres tables l'année suivante.

(1) Lorsqu'on oppose cette expression à droit honoraire et non pas à droit des gens ; car alors, nous le savons, droit civil veut dire droit applicable exclusivement aux citoyens romains.

(2) Les Comices par curies étaient l'assemblée des patriciens. Rome comprenait trois tribus (Luceres, Titienses, Ramnenses), chaque tribu comportait dix curies ; d'où trente curies en tout. Dans ces réunions, la plèbe ne figurait pas. C'était donc bien l'aristocratie de race qui y dominait.

(3) La réunion du peuple romain par centuries fut inventée, dit-on, par le roi Servius Tullius. Elle fonctionna à côté des comices par curies sans les faire disparaître. A cet effet le peuple romain, y compris les plébéiens, fut divisé en cinq classes d'après la fortune, plus la classe des chevaliers. Les classes se subdivisaient en centuries, en tout 193 centuries. Aux chevaliers étaient attribuées 18 centuries, à la première classe, 80 centuries, à la 2e, 3e et 4e, 20 centuries, à la 5e classe 15, enfin la classe des ouvriers et des musiciens comportait 5 centuries. Le vote dans les centuries était une sorte de revue militaire ; on procédait comme à la guerre. Les chevaliers (ceux qui combattaient à cheval) votaient les premiers, de même qu'à la guerre, ils entraient les premiers en action : puis venait la 1re classe et ainsi de suite. Lorsque la majorité était obtenue dans un sens déterminé, on cessait le vote. Or, la majorité représentait 97 voix ou centuries. Dès lors, si les chevaliers et la 1re classe votaient dans le même sens, on ne consultait pas les autres classes. C'était donc la fortune, et non pas la naissance, qui l'emportait dans les comices par centuries.

Caractère général. — C'est une législation très rigoureuse et très archaïque. Ainsi, le voleur pris en flagrant délit est mis à mort, si c'est un esclave ; réduit en esclavage, si c'est un homme libre. Le débiteur insolvable devient l'esclave de son créancier ; si, pour un même débiteur insolvable, il y a plusieurs créanciers « partibus secanto », « qu'ils le coupent en morceaux » dit le texte, etc.

Disparition du document original. — Le texte original de la loi des XII tables ne nous est pas parvenu, nous en avons seulement retrouvé des fragments épars dans les écrits de grammairiens, d'historiens et de jurisconsultes. Avec ces fragments on est arrivé à reconstituer aussi complètement que possible le document primitif dans ses parties essentielles.

2. Le plébiscite. — *Définition.* — Le plébiscite est une résolution prise par la plèbe dans des assemblées particulières, présidées par le tribun, et qu'on appelait *concilia plebis*.

Caractère obligatoire. Loi Hortensia (465 à 468). — Les plébiscites ont été déclarés obligatoires pour tous en vertu de la loi Hortensia qui se place entre l'an 465 et l'an 468 de Rome.

3. Le sénatus-consulte. — *Définition.* — Le sénatus-consulte est une mesure législative émanant du Sénat.

Origine historique. — Le sénatus-consulte n'apparaît qu'avec le principat. A ce moment le Sénat acquiert le pouvoir législatif ; voici comment. Au lieu de se borner, comme sous la République, à adresser aux magistrats, notamment au préteur, des injonctions pour modifier ou compléter le droit en vigueur par leurs édits, il fit directement du droit par voie de sénatus-consultes.

Oratio principis. — Généralement, le sénatus-consulte était fait à la demande de l'empereur, à la suite d'un projet de loi, appelé *oratio principis* ou discours du prince. Le Sénat en arriva à un tel degré de servilité envers l'empereur qu'il votait ses propositions sans changement. On en vint ainsi à confondre le sénatus-consulte et l'*oratio principis*.

Exemples : 1° l'*oratio Severi* de l'an 195 interdisant au tuteur d'aliéner les *prædia rustica vel suburbana* de son pupille ; 2° l'*oratio Severi* et *Antonini* de l'an 205 relative aux donations entre époux.

4. Les Constitutions impériales. — *Définition.* — Ce sont des mesures législatives édictées par l'empereur.

Origine historique. — Le pouvoir législatif de l'empereur s'est établi lentement et, d'après l'opinion commune, il passa du Sénat

à l'empereur. Au lieu de faire voter des propositions de loi par le Sénat il édicta lui-même des lois Ce pouvoir paraît être reconnu à l'empereur à partir d Antonin le Pieux (138 à 161) (1).

Différentes variétés — On distingue quatre variétés de constitutions impériales : les *edicta*, les *mandata*, les *decreta*, les *rescripta*.

Les *edicta* sont des dispositions générales analogues aux édits des magistrats ; les *mandata* sont des instructions adressées par l'Empereur à ses fonctionnaires et particulièrement aux gouverneurs de province pour leur tracer une ligne de conduite dans l'exercice de leur magistrature ; les *decreta* sont des décisions judiciaires rendues par l'empereur comme magistrat suprême dans un procès entre particuliers.

Les *rescripta* sont des réponses fournies par l'empereur à un fonctionnaire ou à un particulier sur une question de droit qui lui était posée

Il dépendait de l'empereur de donner à chacun de ces actes une autorité particulière ou générale. en l'adressant à l'intéressé en personne, ou bien en la publiant par voie d'affiches.

5. Les réponses des prudents. — *Définition.* — On entend par là les consultations émanant des jurisconsultes romains.

Fonctions des jurisconsultes à Rome. — Les jurisconsultes à Rome remplissaient quatre fonctions consistant à *respondere*, *cavere*, *agere* et *scribere*.

Respondere — C'est-à dire donner des consultations orales ;

Cavere. — C'est à-dire rédiger les actes juridiques pour les parties contractantes ;

Agere. — C'est-à-dire assister les parties en justice dans un procès ;

Scribere. — C'est-à-dire écrire des ouvrages de droit

Evolution historique. — Les jurisconsultes romains sont passés par quatre phases successives

1° Avant Auguste, ce sont de simples avocats consultants, sans aucun caractère officiel

2° Auguste accorde à certains d'entre eux une qualité officielle en leur concédant le *jus respondendi publice*. c'est-à-dire le droit de donner des consultations en public. L opinion de ces juriscon-

(1) Il est affirmé dans les Institutes de Justinien par une formule énergique : *Quod principi placuit legis habet vigorem*. La volonte du prince a force de loi (Inst. I, II. p. 6).

sultes s'imposait aux juges pour le procès en vue duquel la consultation était donnée.

3° A une époque indéterminée, d'après les uns sous Hadrien, d'après les autres, au Bas-Empire, les écrits des jurisconsultes officiels ont une autorité égale à celle de la loi.

4° Une loi célèbre, rendue en l'an 426, par Théodose II et Valentinien III, la loi des citations, limite à cinq le nombre des jurisconsultes dont les écrits auront seuls désormais force de loi, afin de simplifier le travail des juges. Ce sont : Gaius, Paul, Ulpien, Papinien et Modestin.

Les principaux jurisconsultes avant Auguste. — Nous nous contenterons de citer :

Q. Mucius Scævola, Consul en 659, auteur d'un *jus civile* en 18 livres ;

Aquilius Gallus, préteur en 688 ;

Servius Sulpicius, Consul en 703, auteur du premier commentaire sur l'édit.

Les principaux jurisconsultes sous Auguste et ses successeurs immédiats. — Sabiniens et Proculiens. — Sous Auguste se fondent à Rome deux écoles rivales de jurisconsultes : les Sabiniens et les Proculiens.

Les Sabiniens avec pour fondateur Capiton, qui eut pour successeur immédiat Maxirius Sabinus ;

Les Proculiens, avec pour chef Antistius Labéon, et après lui, Proculus.

Entre ces deux écoles il est difficile d'indiquer la ligne de démarcation essentielle. Tout ce qu'on peut dire de plus précis c'est que les Sabiniens sont plutôt des jurisconsultes conservateurs, attachés à la tradition, peu favorables aux innovations ; tandis que les Proculiens seraient plutôt des esprits novateurs.

Les principaux Sabiniens sont : Cœlius Sabinus, Cassius, Javolenus, Julien et Gaius (1).

(1) L'ouvrage capital de Gaius est son commentaire en quatre livres qui a servi de modèle aux Institutes de Justinien. Le manuscrit original a été découvert, en 1816, à la bibliothèque de Vérone par un allemand Niebuhr. C'était un manuscrit palympseste, c'est-à-dire sur parchemin que l'on avait utilisé deux fois. Sur le manuscrit de Gaius on avait, après grattage, copié les œuvres de saint Jérôme. A l'aide d'un procédé chimique on a fait disparaître la seconde écriture et on a reconstitué la première, sauf certaines lacunes regrettables. La découverte de ce manuscrit a jeté un jour nouveau sur l'étude du droit romain pour l'époque à laquelle écrivait Gaius, sous Marc Aurèle.

Les principaux Proculiens sont : Nerva, Pegasus, Neratius et les deux Celse.

La distinction des deux sectes de jurisconsultes ne se prolonge pas au delà du règne de l'empereur Hadrien (117 à 138).

Les principaux jurisconsultes sous les Sévères. — Sous le règne de Septime Sévère (193 à 212) et de ses successeurs jusqu'à la mort d'Alexandre Sévère (en 235), on peut citer comme principaux jurisconsultes Paul, Ulpien et Papinien. Ce dernier est considéré comme le plus grand des jurisconsultes romains (*princeps jurisconsultorum*) ; grand par la science juridique, et grand aussi par le caractère, car il préféra subir la mort que justifier le meurtre commis par l'empereur Caracalla sur la personne de son frère Géta pour occuper seul le trône impérial.

b) *Le droit honoraire ou prétorien.*

Définition. — Le droit honoraire ou prétorien est celui qui résulte de l'édit des magistrats et principalement de l'édit du préteur. D'après le texte précité de Papinien, il aurait eu un triple but : appliquer, compléter et corriger le droit civil : *juris civilis confirmandi, vel supplendi, vel corrigendi gratia.*

Création de la Préture. — La préture a été créée en l'an 387 de Rome par les lois liciniennes accordant l'accès du consulat à la plèbe. On détacha des fonctions du consul l'administration de la justice pour en faire une magistrature réservée aux patriciens. En l'an 512 on créa un second préteur pour s'occuper des pérégrins. On distingua désormais le préteur urbain et le préteur pérégrin. Sous l'Empire on créa un grand nombre de préteurs spéciaux, pour la tutelle, pour les fidéicommis, etc. On en compta jusqu'à 18.

Durée de l'influence du préteur. — L'influence du préteur sur la législation commença à se faire sentir à partir de la loi Æbutia (entre 605 et 628 de Rome) jusqu'à la publication de l'*edictum perpetuum* de Julien, sous l'empereur Hadrien.

Explication de l'influence du préteur par la procédure romaine. — *Enoncé général.* — Comment comprendre que le préteur, simple magistrat, chargé d'administrer la justice pût acquérir une autorité suffisante pour compléter le droit civil et même pour le corriger ? Pour le comprendre il faut avoir une idée au moins rapide de la procédure romaine.

Les trois formes successives de la procédure à Rome. — A Rome la procédure civile est passée par trois phases successives :

La procédure des *legis actiones*, des actions de la loi ;

La procédure formulaire ;

Et la procédure extraordinaire.

La première exista seule jusqu'à la loi Æbutia (605 à 628 de Rome) ; mais elle ne disparut complètement que sous Auguste, en vertu de la loi *Julia judiciaria* de l'an 737 de Rome.

La seconde est établie par la loi Æbutia, et elle est seule en vigueur à partir d'Auguste.

La troisième fonctionne sous le Bas-Empire, à partir du IIIe siècle de notre ère.

Différence fondamentale entre les deux premières formes et la troisième. — Sous les deux premières formes de procédure le procès se déroule en deux phases bien tranchées : l'une devant le préteur, et l'autre devant le juge, qui, en général est un simple particulier, un juré, désigné pour une affaire déterminée.

Dans la procédure extraordinaire, au contraire, le juge disparaît ; le magistrat conduit le procès d'un bout à l'autre.

Nous n'avons pas à parler ici de la procédure extraordinaire. Bien longtemps, en effet, avant sa mise en vigueur, l'influence du préteur avait cessé de s'exercer. Nous ne nous occuperons que des deux autres formes de procédure.

Procédure des legis actiones. *Formalisme absolu.* — La procédure des *legis actiones* est caractérisée par son formalisme. Devant le magistrat le demandeur et le défendeur doivent accomplir des actes, faire des gestes, prononcer des paroles, d'après un rite rigoureux déterminé par la loi ; un mot employé pour un autre suffisait pour vous faire perdre les procès (1).

Rôle passif du magistrat. — Le rôle du magistrat dans cette procédure était un rôle purement passif. Il présidait à l'accomplissement de la *legis actio*, et s'assurait que les parties y procédaient d'une façon correcte, mais sans pouvoir y apporter aucune modi-

(1) Exemple : Primus possède l'esclave Stichus que Secundus prétend lui appartenir. Primus assigne Secundus devant le préteur en revendication de cet esclave. Les deux plaideurs étant en présence au tribunal du préteur, Primus disait : Je prétends que cet esclave m'appartient. Secundus répétait à son tour : Et moi aussi je dis que cet esclave est ma propriété. A ce moment, se produisait un simulacre de combat entre les deux plaideurs pour s'emparer de l'esclave ; le préteur y mettait fin. Alors, le demandeur reprenait : Je te parie cinq cents sesterces que cet esclave est à moi ; l'autre disait : Je tiens le pari. Ils allaient alors devant le juge qui avait à décider qui avait gagné le pari, et pour cela il devait rechercher quel était le véritable propriétaire de l'esclave.

fication. En sorte que si cette procédure s'était maintenue indéfiniment à Rome, jamais le dualisme du droit prétorien et du droit civil n'aurait existé. Il en fut autrement sous la seconde forme de procédure.

Procédure formulaire. — *Trait caractéristique : la formule.* — Ce qui caractérise la procédure formulaire, c'est l'existence de la formule.

La formule est un écrit que le préteur rédige d'après les explications des parties, dans lequel il désigne le juge, il lui expose l'objet du litige et il lui donne le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur, suivant qu'il trouvera fondées ou non les prétentions du demandeur.

Rôle essentiel reconnu au préteur. — Désormais, plus de paroles sacramentelles à prononcer, plus d'actes symboliques, plus de gestes à accomplir par les parties devant le magistrat ! C'est dans un langage usuel que les plaideurs s'expliquent devant lui, sans avoir désormais à choisir leurs expressions sous peine de déchéance. Et alors grandit le rôle du préteur. C'est lui qui tient entre ses mains le sort du procès par la rédaction de la formule.

Et c'est par là qu'il va agir sur le droit civil et exercer en fait un vrai pouvoir législatif.

L'édit du préteur. — Il était d'usage à Rome, quand un magistrat entrait en fonctions, qu'il publiât au forum un édit, sorte de programme où il exposait la manière dont il entendait gérer sa magistrature. Désormais, dans son édit, le préteur indique à l'avance les diverses formules qu'il propose aux plaideurs, pour la sanction de leurs droits en justice.

Dans tel cas, par exemple la revendication d'un esclave, je donnerai telle formule. Dans tel autre cas, prêt d'argent, stipulation, je donnerai telle autre formule.

Le droit devient plus scientifique, plus systématique. A chaque droit correspond une formule d'action appropriée.

Le triple objet de l'œuvre du préteur. — Tout d'abord, le préteur use de son pouvoir nouveau pour appliquer le droit civil, *juris civilis confirmandi causâ*. Il crée des formules pour la sanction des droits reconnus par le droit civil.

Mais voici que des situations nouvelles se présentent que le droit civil n'avait pas prévues : le préteur estime qu'il convient de les reconnaître et de les sanctionner. Alors, s'enhardissant, il accorde dans ces cas nouveaux une formule d'action, soit par voie d'extension d'une action du droit civil, soit en supposant accom-

plie une condition exigée par le droit civil et qui ne l'est pas en réalité, soit par voie de création totale. Le préteur agit alors pour suppléer au droit civil, *juris civilis supplendi causâ*.

Enfin il arriva que les idées d'humanité et d'équité se développant avec les progrès de la civilisation, certaines solutions qui avaient paru justes au début, heurtèrent la conscience plus délicate des générations nouvelles. Le préteur fut alors amené à corriger le droit civil, *juris civilis corrigendi causâ*.

Moyen détourné employé pour corriger le droit civil : l'exception. — Pour cela, il dut employer un moyen détourné. Il ne pouvait pas heurter de front le droit civil, lui magistrat romain chargé de l'appliquer. Alors, il le tourna par un détour ingénieux, l'exception. Il délivrait une formule d'action au demandeur dont le droit reconnu par le droit civil heurtait l'équité ; mais il avait soin dans cette formule de dire au juge : « tu condamneras le défendeur, à moins que tel ou tel fait ne se soit passé, *nisi*.... » Ce moyen détourné s'appelait l'exception (1).

Remarque importante. — Il suit de ce qui précède que le préteur ne pouvait agir sur la législation civile, que par des moyens de procédure (action pour appliquer ou compléter le droit civil, exception pour le corriger), il ne procédait pas comme un véritable législateur en posant des règles dogmatiques par voie de principes généraux.

Mais une fois l'œuvre du préteur ainsi réalisée dans la pratique, ce sont les jurisconsultes qui commentant son édit en théoriciens du droit, donnaient à ses réformes un caractère doctrinal que

(1) Exemple : Ayant besoin d'argent Primus va trouver Secundus et lui demande de lui prêter 1 000 sesterces. Secundus y consent, mais il y met comme condition que Primus s'engagera d'abord par les paroles sacramentelles du contrat de stipulation de lui restituer les 1 000 sesterces qu'il va lui prêter. Primus accepte. A l'interrogation *Spondes me mihi mille sestertia dare oportere*, me promets-tu de me donner 1 000 sesterces ? il répond : *spondeo* ; je promets. Cela fait, Secundus manque à sa parole et ne compte pas les 1 000 sesterces à Primus. D'après le droit civil, Primus était tenu, puisqu'il avait dit : je promets. Mais il eût été inique de le condamner à rendre 1 000 sesterces qu'il n'avait pas reçus. Alors, si Secundus poursuivait Primus en justice, le préteur délivrait à Secundus la formule correspondant à la stipulation, mais il disait au juge de ne pas condamner Primus, si les espèces n'avaient pas été comptées. La formule était ainsi rédigée : Titius sois juge. S'il te paraît que Primus doive 1 000 sesterces à Secundus, condamne, à moins qu'il n'y ait pas eu numération d'espèce (*Titius judex esto. Si paret Primum Secundo mille sestertia dare oportere condemna nisi numerata non sit pecunia. Si non paret, absolve*).

le préteur lui-même n'avait pas pu leur donner ; en disant, dans tel cas et sous telle condition, le préteur reconnaît celui-ci propriétaire, celui-là créancier, déclare que le débiteur est libéré de sa dette, etc.

L'edictum perpetuum de Julien. — *Définition.* — L'*edictum perpetuum* (1) de Julien est une codification du droit prétorien faite par le jurisconsulte Julianus Salvianus, sous le règne et sur l'ordre de l'empereur Hadrien, à une époque indéterminée.

Son influence sur le développement du droit prétorien. — D'après l'opinion commune, la publication de l'*edictum perpetuum* a porté le coup décisif à la législation prétorienne, parce que, désormais, les préteurs ont dû dans leurs édits se conformer aux solutions consacrées par l'Edit perpétuel.

L'Edit perpétuel restitué par Otto Lœnel. — L'œuvre de Julien ne nous est pas parvenue. Mais le Digeste de Justinien en reproduit des fragments nombreux. Un allemand, Otto Lœnel, a eu la science et la patience suffisantes pour reconstituer d'après ces éléments le travail de Julien (1883).

Les compilations de Justinien. — *Dates du règne de Justinien.* — Justinien monte sur le trône en 527 et meurt en 565.

Enumération de ses œuvres. — Ses œuvres sont :

Le Code (529) ;

Le Digeste ou Pandectes (533) ;

Les institutes ;

Enfin, les Novelles.

Le Code de Justinien. — *Définition.* — Le Code est un recueil des constitutions impériales en vigueur au moment où il fut rédigé.

Procédé de rédaction. — Pour faire son Code Justinien nomma une commission sous la présidence de Tribonien, *quæstor sacri palatii.*

Composition. — Le Code est divisé en douze livres. Chaque livre est à son tour subdivisé en titres et chaque titre comprend un certain nombre de lois ou constitutions avec le nom de l'empereur et sa date.

(1) On donnait aussi le nom d'*edictum perpetuum* à la partie de l'édit du préteur qui était établie par lui dès son entrée en charge pour toute la durée de sa magistrature. On l'opposait à l'*edictum repentinum* qui était pris inopinément au cours de ses fonctions, pour un cas imprévu. On distinguait aussi l'*edictum novum*, partie de l'edit dans laquelle le préteur innovait sur le droit antérieur et l'*edictum translatitium*, partie de l'édit se transmettant de préteur à préteur.

Précédents historiques. — Cette œuvre avait eu comme précédents trois codes :

Le Code Grégorien de l'an 294 ;

Le Code Hermogénien de l'an 314 ;

Tous deux œuvres privées,

Et le Code Théodosien, œuvre officielle promulguée en 438 par Théodose II en Orient et par Valentinien III en Occident.

Le Digeste ou Pandectes. — *Définition.* — Le Digeste ou Pandectes est un recueil méthodique de fragments puisés dans les ouvrages des jurisconsultes romains. Cette œuvre est appelée « Digeste » du mot latin « digerere » qui veut dire classer ordonner ; et « Pandectes » du mot grec παν δεχεσθαι, contenir tout.

Procédé de rédaction. — Il fut le même que pour le Code. Ce fut Tribonien qui en fut le principal rédacteur.

Composition. Il comporte 50 livres divisés en titres, comprenant des lois ou fragments avec le nom du jurisconsulte et de l'ouvrage auxquels ils sont empruntés.

Le Digeste forme le *jus* par opposition au Code qui représente les *leges*.

Institutes de Justinien. — *Définition.* — Les Institutes sont un manuel élémentaire en quatre livres, destiné aux étudiants en droit de Constantinople.

Procédé de rédaction. — Cet ouvrage a été rédigé sur le modèle des Commentaires de Gaius. La concordance des deux textes est mise matériellement en relief dans l'édition de M. Pellat. D'un côté au verso, figure l'œuvre de Gaius en regard au recto l'œuvre de Justinien. On se rend ainsi compte que des passages entiers sont copiés de l'un par l'autre.

Les Novelles de Justinien. — Ce sont les constitutions nouvelles promulguées par Justinien après la confection de son Code.

Le Corpus juris civilis. — L'ensemble de l'œuvre de Justinien, auquel on rattache certains ouvrages de jurisconsultes antérieurs, Paul, Ulpien, Gaius, forme un monument juridique auquel on a donné le nom de *Corpus juris civilis*.

Plan de l'ouvrage. — Nous diviserons l'étude du droit romain en six parties, de la façon suivante :

Ire partie : Les personnes.
IIe partie : Les biens.
IIIe partie : Les obligations.
IVe partie : Les successions.
V^e^ partie : Les donations.
VIe partie : Les actions.

PREMIÈRE PARTIE

LES PERSONNES

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

Définition. — A Rome, comme aujourd'hui, la personne est tout être capable d'avoir des droits et d'être tenu d'obligations.

Les trois éléments de la personnalité juridique. — Mais, tandis qu'aujourd'hui tout être humain est une personne, à Rome pour avoir une personnalité complète il fallait réunir trois éléments ou *status* :

Le *status libertatis*, être libre et non pas esclave ;

Le *status civitatis*, être citoyen romain, et non pas latin ou pérégrin

Le *status familiæ*, être chef de famille et non pas en puissance.

Ces trois éléments formaient la personnalité juridique ou *caput*. Lorsqu'on perdait un de ces éléments, on subissait une diminution de personnalité, *deminutio capitis*.

Capacité de droit et capacité de fait. — Ceux qui réunissaient ces trois éléments avaient la pleine capacité de droit. Cependant, en fait, ils pouvaient n'avoir pas le plein exercice de leurs droits, en raison de leur âge de leur sexe, ou de l'altération de leurs facultés mentales On disait alors qu'ils n'avaient pas la capacité de fait : ils étaient pourvus, suivant les cas, d'un tuteur ou d'un curateur.

Classification des personnes physiques. — De là il suit qu'on peut diviser les personnes physiques à Rome en quatre groupes :

1re division : les hommes libres et les esclaves ; les hommes libres se subdivisant eux-mêmes en affranchis ou ingénus, suivant qu'ils ont été ou non esclaves à un moment donné de leur existence.

2e division : les citoyens romains et les non-citoyens.

3e division : les personnes *alieni juris* et les personnes *sui juris*, suivant qu'elles sont ou non en puissance.

4e division : les personnes en tutelle ou en curatelle.

Il faut noter qu'en dehors des personnes physiques il y avait les personnes morales, comme aujourd'hui

Division de la première partie — Nous diviserons, en conséquence l'étude de la première partie en cinq sections, suivies de deux appendices.

Ire section : L'esclavage.
IIe section : L'affranchissement.
IIIe section : Le droit de cité.
IVe section : L'organisation de la famille.
Ve section : La protection des incapables.
Appendice I : La *deminutio capitis*.
Appendice II : Les personnes morales.

SECTION Ire. — L'ESCLAVAGE

Définition. — L'esclavage est une institution juridique d'après laquelle un être humain, l'esclave, était dépouillé de toute personnalité, assimilé à une chose et comme tel appartenait en toute propriété à un autre être humain, au même titre qu'une bête de somme ou une chose inanimée quelconque.

Origine historique. — Cette institution tire son origine historique de la guerre. Au lieu de tuer les prisonniers de guerre, on les conservait (1) en leur ôtant seulement la liberté ; et cela dans un but économique, pour tirer parti de leur travail

Division de la section Ire. — Au sujet de l'esclavage, nous étudierons les points suivants :

Chapitre Ier. — Sources juridiques de l'esclavage.
Chapitre II. — Condition juridique de l'esclave.
Chapitre III. — Comment prend fin l'esclavage ?
Chapitre IV. — Du colonat.

(1) En sorte que le mot « servus » « esclave » viendrait non pas de « Servire » « être au service de », mais de « servare » « conserver ». Cette justification de l'esclavage nous paraît aujourd'hui un sophisme, parce qu'on ne reconnait plu au vainqueur le droit de mettre à mort les prisonniers, mais seulement de les désarmer jusqu'à la fin de la guerre.

CHAPITRE PREMIER. — SOURCES JURIDIQUES DE L'ESCLAVAGE.

Distinction. — On naît esclave ou on le devient par un fait postérieur à la naissance.

§ 1. — Naissance.

Règle. — Naissent esclaves les enfants d'une femme esclave (1).

Cas où la mère est libre à un moment quelconque de la grossesse. — A l'époque classique, c'était au moment de l'accouchement qu'il fallait considérer la condition juridique de la mère, pour savoir si l'enfant naîtrait libre ou esclave (2).

Mais Justinien décida par faveur pour la liberté, que l'enfant naîtrait libre lorsque la mère avait été libre à un moment quelconque entre la conception de l'enfant et l'accouchement (*Inst*. I, 4, pr.).

§ 2. — Faits postérieurs à la naissance.

Distinction. — Les sources de l'esclavage postérieures à la naissance résultent du droit des gens ou du droit civil. Cette distinction est intéressante en ce que le droit des gens est commun aux citoyens romains et aux pérégrins tandis que le droit civil ne s'applique qu'aux citoyens romains.

Source unique du droit des gens. — La captivité. — Il n'existe qu'une seule source de l'esclavage d'après le droit des gens c'est la captivité, et encore faut-il que ce soit une guerre régulièrement déclarée (*bellum justum*) (3).

Sources du droit civil. — *Distinction*. — Les sources du droit civil ont varié. Il faut distinguer l'ancien droit, le droit classique et le droit de Justinien.

(1) Peu importait que le père fût esclave ou libre ; car en dehors du mariage, il est de règle absolue que l'enfant suit la condition de la mère : or, pour une femme esclave il ne peut y avoir mariage.

(2) En sorte que si elle était libre à ce moment l'enfant naissait libre, même si elle avait été esclave auparavant et depuis la conception ; il naissait, au contraire, esclave, lorsque la mère, libre au moment de la conception ou dans la période qui l'avait suivie, était devenue esclave à l'époque de l'accouchement (Gaius, I, 82 ; Ulpien, *Règles*, V 10).

(3) Au moins lorsqu'il s'agissait d'un peuple allié ou ami de Rome.

a) *Droit ancien.*

Quatre causes d'esclavage. — A l'époque de la loi des XII tables, il existait quatre causes d'esclavage.

Devenaient esclaves :

1° Celui qui ne se faisait pas inscrire sur le registre du cens (l'*incensus*)

2° Le soldat réfractaire ;

3° Le voleur pris en flagrant délit (*fur manifestus*) ;

4° Le débiteur insolvable.

b) *Droit classique.*

Quatre causes nouvelles d'esclavage. — A l'époque classique, devenaient esclaves :

1° L'homme libre qui s'est fait vendre comme esclave par un compère, en vue de faire ensuite reconnaître sa liberté, qu'il n'avait pu valablement aliéner, et de partager le prix avec son complice, était attribué comme esclave à l'acheteur pour le punir de sa tentative d'escroquerie (D. 40, 12, *de lib. caus.* 23 pr.).

2° Les condamnés aux bêtes et aux mines étaient esclaves de leur peine (*servi pœnæ*).

3° D'après le sénatusconsulte Claudien (an 52 de notre ère) la femme libre qui entretient des relations avec l'esclave d'autrui, malgré la défense du maître, devient l'esclave de ce maître.

4° L'affranchi ingrat retombait en esclavage.

c) *Droit de Justinien.*

Deux causes de l'époque classique supprimées. — Justinien supprima deux causes d'esclavage :

1° Celle résultant du sénatusconsulte Claudien ;

2° Celle résultant des condamnations.

CHAPITRE II. — CONDITION JURIDIQUE DE L'ESCLAVE.

Distinction. — Il y a lieu de distinguer :

Le Droit ancien ;

Les réformes réalisées à la fin de la République et sous le principat ;

Enfin les réformes réalisées par les empereurs chrétiens.

§ 1. — Droit ancien.

Distinction. — Il faut distinguer la condition de l'esclave en droit et en fait.

Condition de l'esclave en droit. — *Principe essentiel : L'esclave est une chose.* — En droit, l'esclave est une chose et non une personne.

C'est un objet de droit et non un sujet de droit. Il est un élément de l'actif dans le patrimoine de son maître.

Conséquences logiques. — Il en résultait, comme conséquences logiques :

1° Que le maître avait droit absolu sur son esclave, comme un propriétaire sur sa chose : droit de s'en servir, en le faisant travailler sans le payer, droit de tirer de son travail un revenu, en louant ses services, droit sur l'enfant de l'esclave (*partus ancillæ*) comme sur le croît des animaux ; droit de donner, de vendre son esclave ; enfin, droit de le tuer.

2° Que l'esclave n'a aucun droit. Ni droit de patrimoine, rien ne lui appartient ; ni droit de famille : il ne peut se marier et avoir des enfants soumis à son autorité. L'union de deux esclaves (*Contubernium*) est un simple fait, sans résultat juridique, comme l'accouplement de deux animaux.

Tempérament. — Cependant, dans l'intérêt du maître on admit de bonne heure que l'esclave pouvait figurer dans un acte juridique, comme représentant la personne de son maître, pour lui faire acquérir des droits, mais non pour rendre sa condition pire, pour l'obliger. Ainsi, on peut instituer un esclave héritier ou légataire. C'est le maître qui en profite. A ce point de vue on dit que l'esclave est une personne *alieni juris* et on le rapproche du fils de famille.

Pécule de l'esclave. — Un autre tempérament consistait dans le pécule de l'esclave. C'étaient des biens dont le maître confiait l'administration à son esclave. Le maître en conservait la propriété ; l'esclave n'en avait que la gestion.

Condition de l'esclave en fait. — En fait, dans la plupart des cas la condition de l'esclave n'était pas bien à plaindre. Il était un familier de la maison, vivant à côté des enfants, travaillant avec le maître qui avait intérêt à ménager ses forces.

§ 2. — Fin de la République et Principat.

Aggravation de la condition de l'esclave en fait. — A la fin de la République et sous le Principat, la condition de l'esclave en fait s'aggrave. Les maîtres usant à leur égard, avec excès, souvent même avec cruauté de leurs droits sur leur personne. Cela tient à ce qu'ils sont plus nombreux ; ils vivent plus éloignés ; les maîtres ne les connaissent plus ; et puis, ils ne sont plus de même race et de même civilisation. Les mœurs ne suffisent plus à protéger les esclaves contre les abus de pouvoir de leurs maîtres. Le législateur doit intervenir pour les protéger et pour imposer à leurs pouvoirs, une limitation jugée indispensable. Cette législation nouvelle est inspirée par la philosophie grecque.

Amélioration de la condition de l'esclave en droit. — a) *Au point de vue des actes juridiques.* — On reconnaît à la personne de l'esclave une plus grande importance.

Ainsi : 1° Il pourra contracter une obligation naturelle ; 2° lorsqu'il s'oblige pour son maître le préteur donne contre ce dernier des actions particulières appelées *actiones adjectitiæ qualitatis* ; 3° l'union de deux esclaves produit une parenté naturelle, *cognatio servilis*.

b) *Au point de vue des pouvoirs du maître.* — Il est interdit :

1° De livrer les esclaves aux bêtes, sauf en vertu d'une autorisation du magistrat (Loi Petronia, 19 apr. J.-C.) ;

2° D'abandonner les esclaves vieux et malades, sous peine de perdre sur eux son droit de propriété (édit de Claude) ;

3° De mettre à mort son esclave sans motif, sous les peines de l'homicide, et de le maltraiter, sous peine d'être contraint par le magistrat de le vendre, aux termes de deux constitutions d'Antonin le Pieux.

§ 3. — Droit chrétien.

Deux dispositions principales. — Le Droit chrétien a peu fait pour la condition légale des esclaves.

Citons : 1° Une constitution de Constantin déclarant déchu de son droit de propriété le maître qui abandonne des esclaves nouveau nés ;

2° Une constitution de Justinien faisait produire à la parenté servile des conséquences juridiques au point de vue successoral, après l'affranchissement.

CHAPITRE III. — COMMENT PREND FIN L'ESCLAVAGE

Deux causes d'extinction. — L'esclavage prenait fin de deux façons :

1° Par le postliminium ;

2° Par l'affranchissement.

1° Du postliminium. *Définition.* — Le postliminium a lieu lorsqu'un prisonnier de guerre parvient à s'échapper et à rentrer dans son pays.

Effets dans l'avenir. — Pour l'avenir le postliminium a pour effet de mettre fin à l'esclavage. Le captif recouvre sa liberté.

Effets dans le passé. — Le postliminium opère rétroactivement et fait considérer le captif de retour comme n'ayant jamais été en servitude.

Ainsi, il était censé n'avoir pas perdu la propriété de ses biens, ni la puissance paternelle sur ses enfants.

2° De l'affranchissement. — **Renvoi.** — Cette matière, en raison de son importance, fera l'objet de la section suivante.

CHAPITRE IV. — DU COLONAT.

Définition. — Le colonat est une institution voisine de l'esclavage d'après laquelle un homme, le colon, était attaché à perpétuité à la terre lui et ses descendants, pour la cultiver moyennant une redevance en argent ou en fruits.

Origine historique. — *Sa date.* — L'époque précise à laquelle apparaît le colonat est très discutée. D'après l'opinion la plus répandue, cette institution daterait de la première moitié du IVe siècle de notre ère ; la première constitution qui en parle est de 332.

Sa raison d'être. — Et d'après la majorité des auteurs, elle aurait eu pour but de fixer les fermiers sur les terres, pour assurer à la fois à l'empire le pain et l'impôt.

Sources juridiques. — On est colon :

1° Par la naissance ;

2° Par convention ; un malheureux pouvait se faire colon pour échapper à la misère en relevant une terre à cultiver.

3° Par prescription, au bout de trente ans.

Condition juridique du colon — Le colon ne dépend pas d'un maître comme l'esclave ; il dépend de la terre, dont il est l'esclave, *servus terræ*. Il ne peut en être détaché par son maître.

Le colon a une situation meilleure que l'esclave, en ce qu'il a une certaine personnalité juridique et on lui reconnait certains droits. Ainsi, il peut être propriétaire, créancier ; il peut se marier et fonder une famille. Mais ses biens sont inaliénables ; parce qu'ils servent de garantie au paiement de la redevance et de l'impôt.

Fin du colonat. — Les causes qui mettent fin au colonat sont très rares. L'affranchissement ne s'applique pas. Il y a seulement :

1° L'acquisition du fonds par le colon.

2° L'élévation à l'épiscopat.

SECTION II. — L'AFFRANCHISSEMENT

Définition. — L'affranchissement est l'acte par lequel un maître confère à son esclave la liberté (1).

Terminologie. — L'esclave affranchi s'appelle *libertus*, dans ses rapports avec son ancien maître qui devient son patron. Vis-à-vis de toute autre personne, on l'appelle *libertinus*. A l'affranchi on oppose l'ingénu ; c'est celui qui n'a jamais été esclave.

Division de la section. — Nous diviserons cette section en quatre chapitres :

Chapitre Ier. — Des formes de l'affranchissement.

Chapitre II. — Des rectrictions apportées à la faculté d'affranchir.

Chapitre III. — De la condition juridique de l'affranchi.

Chapitre IV. — De l'ingénuité.

CHAPITRE PREMIER. — DES FORMES DE L'AFFRANCHISSEMENT.

Division du chapitre. — Nous diviserons le chapitre en trois paragraphes.

§ 1. — L'ancien droit.

(1) En latin, affranchissement se dit *manumissio*, *manu mittere*, soustraire à la puissance.

§ 2. — Le droit classique.
§ 3. — Le Bas-Empire.

§ 1. — L'ancien droit.

Trois formes solennelles d'affranchissement. — Dans l'ancien droit, il existe trois formes solennelles d'affranchissement :

1° Le cens ;
2° La *vindicta* ;
3° Le testament.

Nous allons les étudier successivement.

1° Le cens. — *Sa forme.* — Ce mode d'affranchissement consistait pour le maître à laisser son esclave s'inscrire au nombre des citoyens sur les registres du cens. Procédé symétrique à la perte de la liberté pour le citoyen qui omettait de s'y faire inscrire.

Ses inconvénients. — Ce procédé était insuffisant : 1° parce qu'il n'était praticable qu'à Rome ; 2° parce que le recensement n'avait lieu que tous les cinq ans.

2° La vindicta. — *Sa forme.* — L'affranchissement *vindicta* consistait dans un procès fictif en liberté. Le maître, qui voulait affranchir un esclave se rendait devant le préteur, accompagné d'un ami. Cet ami (1), touchant l'esclave avec une baguette (*vindicta*) disait : « je déclare que cet homme est libre. » Le maître ne contredisait pas à cette déclaration (2). Le préteur constatait qu'effectivement il était libre.

Ses avantages. — Cette forme était plus commode que la précédente, parce qu'elle pouvait être employée en tout temps et en tout lieu.

3° Le testament. — Le maître en mourant pouvait dans son testament accorder la liberté à son esclave. C'est le legs de la liberté. « *Stichus servus meus liber esto* ; que Stichus mon esclave soit libre » (3).

(1) On appelait *assertor libertatis* celui qui affirme ou revendique la liberté. Sa présence était indispensable dans un procès sur la liberté, parce qu'un esclave ne peut pas plaider par lui même.

(2) Au contraire, si le procès avait été sérieux, il aurait protesté contre cette déclaration et il y aurait eu débat.

(3) Dans ce cas, l'affranchi avait pour patron le défunt qui était « *apud orcum*, chez Orcus », on l'appelait pour cela « *libertus orcinus* ».

§ 2. — Le droit classique.

Formes solennelles d'affranchissement. — *Le cens.* — Le cens cesse de s'appliquer au début du Principat.

La vindicta — La *vindicta* est maintenue sans modification.

Le testament. — Ce procédé comporte une modification. A côté du legs de liberté conférant directement la liberté à l'esclave, apparaît le fidéicommis de liberté Le maître charge son héritier d'affranchir l'esclave. Alors, l'esclave a pour patron cet héritier et non le défunt.

Formes non solennelles d'affranchissement. — *Affranchissement « inter amicos » ou « per epistolam ».* — Le maître pouvait se borner à exprimer sa volonté d'affranchir son esclave sans employer aucune forme particulière, devant des amis, après boire (*inter amicos*) ou par lettre (*per epistolam*).

Effet d'après le droit civil — D'après le droit civil, cet affranchissement sans forme ne produisait aucun effet. l'individu restait esclave et pouvait être réclamé par son maître

Effet d'après le droit prétorien — Le préteur intervint et au nom de l'équité, il tenait en échec la revendication exercée par le maître En sorte que la situation de celui qui était affranchi sans forme solennelle était équivoque : en droit il restait esclave,en fait il était libre.

Loi Junia. — La loi Junia régularisa la situation de ces affranchis. Elle déclara qu'ils seraient libres, mais qu'ils ne seraient pas citoyens romains ; on les appela latins juniens : latins parce que leur condition se rapprochait de celle des latins juniens, en raison de la loi Junia. Nous préciserons ce point plus loin.

§ 3. — Le Bas-Empire.

Formes solennelles. — *Maintien des formes antérieures.* — Les formes antérieures, vindicte et testament, sont maintenues. Mais la vindicte se simplifie ; elle ne consiste plus que dans une déclaration du magistrat.

Forme nouvelle — Une forme nouvelle est établie sous Constantin ; c'est l'affranchissement dans les églises (*in sacrosanctis*

(1) Tous les textes l'appellent ainsi ; seuls les Institutes de Justinien l'appellent *Junia Norbana*. Sa date est inconnue. D'après M. Girard elle se placerait entre l'an 710 et l'an 727 de Rome (Girard, *Manuel*, p. 119).

ecclesiis) par une déclaration du maître devant les prêtres et les fidèles.

Formes non solennelles. — L'affranchissement entre amis ou par lettre est toujours pratiqué et il produit désormais les mêmes effets que l'affranchissement solennel.

CHAPITRE II. — DES RESTRICTIONS APPORTÉES A LA FACULTÉ D'AFFRANCHIR.

Distinction. — Les restrictions apportées à la faculté d'affranchir apparaissent à l'époque d'Auguste, avec les lois Ælia Sentia et Fufia Caninia. Elles furent atténuées sous Justinien.

Loi Ælia Sentia. — *Sa date.* — Cette loi a été promulguée sous Auguste, en l'an 757 de Rome ou en l'an 4 après Jésus-Christ.

Son but. — Son principal but a été d'empêcher qu'on n'accordât trop facilement la liberté et la cité à des individus qui n'en étaient pas dignes.

Ses dispositions. — 1° Le maître qui affranchit un esclave doit avoir au moins vingt ans (1). Sinon l'affranchissement est nul.

2° L'affranchi doit avoir au moins trente ans. Sinon, il ne devient que latin junien.

3° L'affranchi qui pendant son esclavage a subi des peines flétrissantes, ne devient ni citoyen, ni latin, mais pérégrin déditice. Nous verrons plus loin quelle était sa situation.

4° Est nul l'affranchissement fait en fraude des droits du créancier, c'est-à dire qui rendait le maître insolvable ou plus insolvable.

Loi Fufia Caninia. — *Sa date.* — Elle est aussi du règne d'Auguste ; mais sa date précise est inconnue.

Son but. — Cette loi a pour but de restreindre le nombre des affranchissements faits par testament au détriment des héritiers.

Ses dispositions. — Dans ce but, elle limite le nombre des esclaves qui pourront être affranchis, en le proportionnant au nombre de ceux possédés, sans jamais pouvoir dépasser 100. Etaient nuls les affranchissements excédant la limite permise.

Réformes de Justinien — *Loi Ælia Sentia.* — Justinien ne conserve que deux de ses dispositions :

(1) Avant cet âge il ne peut le faire qu'en justifiant d'un motif légitime devant le magistrat assisté d'un conseil composé à Rome de 5 sénateurs et de 5 chevaliers et en province de 20 récupérateurs.

1° Celle relative à l'affranchissement fait par un mineur de vingt ans.

2° Celle relative aux affranchissements en fraude du droit des créanciers.

Loi Fufia Caninia. — Justinien a abrogé cette loi purement et simplement.

CHAPITRE III. — DE LA CONDITION JURIDIQUE DE L'AFFRANCHI.

Distinction. — Il y a lieu de distinguer :

§ 1. — L'ancien droit ;

§ 2. — Le droit classique ;

§ 3. — Le droit de Justinien.

§ 1. — Ancien droit.

Condition sociale de l'affranchi. — L'affranchi était libre et citoyen romain.

Mais sa condition était moins bonne à plusieurs points de vue que celle de l'ingénu.

1° Il n'avait pas le *jus honorum*, c'est-à-dire le droit d'exercer une magistrature.

2° Il n'avait pas le *jus connubii*, c'est-à-dire le droit de se marier en justes noces avec un ingénu.

Cependant, ses enfants naissaient ingénus.

Droits du patron à l'égard de l'affranchi. — *Trois sortes.* — Les droits du patron à l'égard de l'affranchi, *jura patronatus*, se ramenaient à trois :

1° *Obsequium* ;

2° *Operæ* ;

3° *Bona*.

Obsequium. — C'était le devoir de respect dû au patron, et à ses ascendants. En conséquence, l'affranchi ne pouvait assigner son patron en justice, sans une autorisation du magistrat.

Operæ. — C'étaient des services dus par l'affranchi. Les uns, *operæ officiales*, tout de dévouement et de complaisance, étaient dus de plein droit. Les autres, *operæ fabriles*, ayant un caractère industriel et une valeur pécuniaire, n'étaient dus qu'en vertu d'une promesse formelle faite sous serment au moment de l'affranchissement (*jusjurandum liberti*).

Bona. — Lorsque l'affranchi mourait sans postérité et sans faire de testament, ses biens revenaient à son ancien maître.

§ 2. — Droit classique.

Trois classes d'affranchis. — En vertu des lois Junia et Ælia Sentia on distingue désormais trois classes d'affranchis :

1° Les affranchis citoyens romains ;

2° Les affranchis latins Juniens ;

3° Les affranchis déditices

1re Classe : Affranchis citoyens romains. — *Lesquels ?* — Ce sont ceux qui ont été affranchis par un mode solennel et qui ne tombent pas sous les rigueurs de la loi Ælia Sentia.

Condition juridique. — Ils ont la *major libertas*, c'est-à-dire la liberté par excellence. La loi Julia (*de maritandis ordinibus*) sous Auguste leur accorde le *jus connubii* avec les ingénus, sauf avec les personnes de rang sénatorial.

2e classe : Affranchis latins juniens. — *Lesquels ?* — Ce sont, notamment :

1° Ceux qui ont été affranchis sans solennité ;

2° Ceux qui ont été affranchis avant l'âge de 30 ans ;

3° Ceux qui ont été affranchis par un maître qui n'avait sur eux que la propriété bonitaire. Nous expliquerons plus loin cette institution.

Condition juridique. — Ils n'ont aucun droit politique : ni *jus suffragii* (électorat), ni *jus honorem* (éligibilité aux magistratures).

Au point de vue privé, ils n'ont pas le *jus connubii*, ou droit de se marier en justes noces. Ils ont bien le *jus commercii*, ou droit de faire des actes juridiques conformes au droit civil romain. Cependant, au point de vue du testament, ils avaient une double incapacité : 1° Ils ne pouvaient faire un testament ; leurs biens revenaient nécessairement à leur ancien maître ; ils vivaient libres, mais mouraient esclaves.

2° Ils pouvaient bien être institués héritiers ou légataires dans un testament (*factio testamenti passiva*). Mais ils n'avaient pas le droit d'en recueillir le bénéfice, *jus capiendi* (1).

Comment ils pouvaient devenir citoyens romains. — Très facilement : par un rescrit de l'empereur ; en se mariant et en ayant un enfant ; en construisant un navire ou un moulin, etc.

(1) Mais ils pouvaient utilement l'acquérir en devenant citoyens romains dans les 100 jours depuis la mort du defunt.

3e classe : Affranchis déditices. — *Lesquels ?* — Ce sont ceux qui, étant esclaves avaient subi des peines flétrissantes.

Condition juridique. — Elle était très mauvaise. C'était la *pessima libertas*. Ils ne pouvaient devenir ni latins, ni citoyens, et il leur était défendu, sous peine de retomber en esclavage, de venir à Rome ou à 100 milles autour de Rome.

§ 3. — Bas-Empire.

Une seule classe d'affranchis. — Comme dans l'ancien droit, il n'y a plus qu'une seule classe d'affranchis ; tous sont citoyens romains ; il n'y a plus ni latins juniens, ni déditices.

CHAPITRE IV. — DE L'INGÉNUITÉ.

Définition. — L'ingénu est la personne qui est née libre et qui n'a jamais cessé de l'être. Peu importe que son père soit ingénu ou affranchi.

Condition juridique. — Au point de vue social il a tous les attributs du droit de cité, que nous indiquerons plus loin ; et il n'est dans les liens de dépendance envers personne, comme l'affranchi envers son patron.

Acquisition de l'ingénuité. — L'affranchi pouvait acquérir la qualité d'ingénu par un rescrit de l'empereur. C'était le *jus annulorum aureorum*, ou droit de porter l'anneau d'or, signe de l'ingénuité. Il restait, malgré cela, tenu envers son patron des *jura patronatus*. Mais celui-ci pouvait y renoncer ; il y avait alors ingénuité complète acquise à l'affranchi ; c'était la *restitutio natalium*.

SECTION III. — LE DROIT DE CITÉ

Définition. — Le droit de cité est la qualité appartenant au citoyen romain.

Diverses questions à étudier. — Nous allons étudier à ce sujet :

Chapitre Ier. — Comment s'acquérait le droit de cité et comment il se perdait.

Chapitre II. — Quels étaient les avantages du droit de cité.
Chapitre III.— Condition juridique des non citoyens.

CHAPITRE PREMIER. — ACQUISITION ET PERTE DU DROIT DE CITÉ.

Division. — Nous étudierons.
§ 1. — Comment s'acquiert le droit de cité.
§ 2. — Comment il se perd.

§ 1. — Comment s'acquiert le droit de cité.

Distinction. — On naît ou on devient citoyen romain.

I. Naissance. — *Système du jus sanguinis*. — Ce n'est pas le lieu de naissance, c'est la nationalité des parents qui confère la cité romaine à l'enfant. Pour naître citoyen romain il faut naître de parents romains.

Lorsque l'un des parents seul était citoyen romain, comme il n'y avait pas alors justes noces — possibles seulement entre Romains — l'enfant suivait la condition de la mère au moment de l'accouchement. En sorte que si le père était pérégrin ou latin et la mère romaine, l'enfant naissait romain.

Mais une loi Minicia — de la fin de la République — décida qu'en pareil cas l'enfant suivrait la condition du père (1) au moment de la conception.

II. Fait postérieur à la naissance. — *Bienfait de la loi*. — La qualité de citoyen était acquise comme un droit dans certains cas déterminés par la loi. Ainsi, un pérégrin qui faisait condamner un magistrat concussionnaire devenait citoyen romain (loi *Acilia repetundarum* de l'an 631-632 de R.).

Concession gracieuse. — Le droit de cité pouvait aussi être acquis par concession gracieuse tout d'abord des Comices, puis d'un délégué du peuple, enfin de l'empereur.

*** **Edit de Caracalla (212)**. — *Extension du droit de cité*. — En 212, Caracalla concède le droit de cité à tous les habitants de l'Empire.

But fiscal. — Cette mesure était prise dans un but fiscal, pour

(1) Dans la suite, sous Hadrien, cette loi cessa de s'appliquer au cas où le père serait latin et la mère citoyenne.

augmenter le rendement de deux impôts qui n'étaient perçus que sur les citoyens romains, le vingtième des successions et de la valeur des esclaves affranchis (*vicesima hereditatum et libertatum*).

Portée exacte. — D'après l'opinion commune, cette mesure n'eut pas pour effet de supprimer entièrement les latins et les pérégrins.

1° Il y eut toujours les affranchis latins juniens et déditices ;

2° Il y eut toujours des citoyens privés du droit de cité par suite de condamnation ;

3° Enfin, cet édit ne s'appliquait vraisemblablement qu'aux habitants actuels de l'Empire. Ceux qui furent soumis à la domination romaine plus tard étaient pérégrins.

Réforme de Justinien. — Sous Justinien, l'édit de Caracalla est généralisé. Tous les habitants de l'Empire sont citoyens. Sont citoyens également tous les affranchis. Restent seulement comme pérégrins ceux qui ont perdu le droit de cité par condamnation.

§ 2. — Comment se perd le droit de cité.

Trois causes principales. — Le droit de cité se perd de trois façons :

1° En perdant la liberté ;

2° En se faisant recevoir membre d'une cité étrangère ;

3° Par l'effet de certaines condamnations : l'exil, sous la République, et sous l'empire, la déportation.

**CHAPITRE II. — AVANTAGES DU DROIT DE CITÉ.

Distinction. — Le droit de cité confère des avantages au point de vue du droit public et au point de vue du droit privé.

Au point de vue du droit public. — Au point de vue du droit public, le droit de cité conférait trois avantages :

1° Le *jus suffragii* ou droit de vote ;

2° Le *jus honorum*, ou droit d'être élu aux magistratures ;

3° Le droit de servir dans les légions.

Au point de vue du droit privé. — Au point de vue du droit privé, le citoyen romain avait trois avantages :

1° Le *jus connubii* ou *connubium* ; droit de se marier en justes noces et de fonder une famille romaine ;

2° Le *jus commercii* ou *commercium* qu'il faut bien se garder de traduire par « droit de faire le commerce » C'était le droit de devenir propriétaire quiritaire, d'être créancier, débiteur, et de se servir pour cela des modes particuliers au droit civil des Romains et que nous étudierons plus loin : *mancipatio*, *cessio in jure usucapio*, etc. Rentrait aussi dans le *commercium* le droit de faire un testament (*factio testamenti activa*) et le droit d'être institué héritier ou légataire dans un testament (*factio testamenti passiva*) ;

3° Le droit d'agir en justice par l'antique procédure de la *legis actio* (action de la loi).

CHAPITRE III. — CONDITION JURIDIQUE DES NON CITOYENS.

Trois classes de non citoyens. — On distinguait trois classes de non citoyens :

1° Les latins ;

2° Les pérégrins ;

3° Les barbari.

1re classe. — Les latins. — *Distinction.* — A leur tour les latins comprenaient trois classes distinctes :

a) Les *Latini veteres* ou *prisci* (anciens) ;

b) Les *Latini colonarii* (coloniaires) ;

c) Les *Latini juniani* (juniens).

a) **Latini veteres ou prisci.** — *Quels sont-ils.* — Ce sont d'abord les anciens habitants du Latium ; puis les membres des colonies fondées par la ligue latine jusqu'à sa dissolution en 416 de Rome ; enfin, tous ceux auxquels Rome concéda la qualité de latin jusqu'en 486 de R.

Condition juridique. — Les *Latini veteres* ont une situation voisine de celle du citoyen romain.

En droit public, ils ont le droit de suffrage quand ils sont à Rome au moment du vote. Mais ils n'ont ni le droit aux magistratures, ni le droit de servir dans les légions.

En droit privé, ils ont le *connubium* et le *commercium*, ainsi que le droit d'agir en justice par les actions de la loi.

Disparition en 486. — Cette classe de latins disparut en 486, après la guerre sociale. On leur accorda à tous en bloc, le droit de cité.

b) **Latini colonarii.** — *Quels ils sont ?* — On appelle ainsi tous

ceux auxquels le droit de latinité fut conféré, à partir de l'an 486, soit qu'ils fissent réellement partie de colonies, soit qu'ils n'en fissent pas partie. C'est ainsi que l'empereur Vespasien fit cette concession à toutes les cités d'Espagne.

Condition juridique. — Les *Latini colonarii* n'avaient aucun droit politique.

Ils n'avaient pas non plus le *jus connubii* ; en revanche, ils avaient le *jus commercii* et le droit d'agir en justice par voie de *legis actio*.

** **2e classe.— Les pérégrins.** — *Quels ils sont ?* — Les pérégrins n'étaient pas des étrangers dans le sens moderne du mot. C'étaient bien des sujets de Rome auxquels on avait laissé la liberté, mais qui n'avaient reçu,ni concession du droit de cité,ni du droit de latinité.

Condition juridique. — Les pérégrins n'avaient aucun des attributs du droit de cité, ni au point de vue du droit public, ni au point de vue du droit privé.

Ils vivaient, d'une part, sous l'empire des lois particulières de leur cité, lorsque Rome leur en avait accordé la faculté ; et, d'autre part, sous l'empire du droit des gens,qui nous le savons,s'est développé progressivement pour s'appliquer uniformément à tous les sujets de Rome, citoyens ou pérégrins. Et nous avons vu plus haut que c'est pour s'occuper des procès qui pouvaient naître entre pérégrins ou entre pérégrins et citoyens romains que fut institué le préteur pérégrin en l'an 512 de Rome.

SECTION IV. — L'ORGANISATION DE LA FAMILLE

** **Distinction des personnes sui juris et des personnes alieni juris.** — *Critérium.* — On entendait par personnes *sui juris* les personnes qui n'étaient pas sous la dépendance d'autrui ; par personnes *alieni juris*, celles qui étaient en puissance.

Différentes puissances existant à Rome. — Il existait à Rome quatre sortes de puissances (*potestas*) qui pouvaient rendre une personne *alieni juris*.

1° La puissance du maître sur l'esclave, ou *dominica potestas* ;

2° La puissance du *paterfamilias* sur les membres de la famille ou *domus*, ou *patria potestas* :

3° La puissance du mari sur sa femme ou *manus* ;

4° Enfin, le *mancipium* ou pouvoir d'un homme libre sur un autre homme libre.

Intérêt pratique de cette distinction. — L'individu *sui juris* est maître de sa personne physique et possède une personnalité juridique ; il a un patrimoine qui lui est propre et tout ce qu'il acquiert par son travail ou autrement lui profite exclusivement.

Au contraire, l'individu est pour sa personne physique sous la dépendance d'un autre ; et il n'a pas de personnalité juridique, ni de patrimoine ; lorsqu'il figure dans un acte juridique c'est pour représenter celui auquel il est soumis et c'est à ce dernier que profitent toutes ses acquisitions.

Cette remarque préalable était indispensable pour comprendre l'étude de la famille romaine.

Division de la section IVe. — Nous diviserons cette section en cinq chapitres suivis d'un appendice.

Chapitre Ier. — Traits caractéristiques de la famille romaine.
Chapitre II. — La *patria potestas*.
Chapitre III. — Le mariage.
Chapitre IV. — La légitimation.
Chapitre V. — L'adoption.
Appendice. — Le *mancipium*

CHAPITRE PREMIER. — TRAITS CARACTÉRISTIQUES DE LA FAMILLE ROMAINE.

Tableau de la famille moderne. — Dans les temps modernes, en France notamment la famille présente les caractères suivants :

1° La base de la famille est le mariage.

2° La parenté repose sur les liens du sang. Sont parents tous ceux qui descendent les uns des autres, parenté en ligne directe, et tous ceux qui descendent d'un auteur commun, parenté en ligne collatérale.

3° La parenté se transmet aussi bien par les femmes que par les hommes. L'enfant a les mêmes liens de parenté à l'égard des parents de sa mère (ascendants ou collatéraux) qu'à l'égard des parents de son père.

4° La puissance paternelle est un pouvoir de protection établi dans l'intérêt de l'enfant jusqu'à l'âge où il pourra se diriger lui-

même dans la vie. C'est plutôt pour le père une source d'obligations et de devoirs qu'une source de droits et de profits.

5° Cette puissance est exercée par le père et à son défaut par la mère.

6° Le cercle des personnes placées sous l'autorité du père est assez restreint. Il ne comprend que ses descendants du premier degré jusqu'à leur majorité. Lorsque les enfants se marient, ils échappent à la puissance de leurs parents, qu'ils soient majeurs ou non. Ils vont fonder un nouveau groupe dont ils seront à leur tour les chefs. En sorte que les petits-enfants ne sont jamais soumis à l'autorité de leur grand-père.

7° Le père de famille peut, avant l'âge de la majorité, libérer ses enfants de sa puissance par un acte de sa volonté, par voie d'émancipation. C'est une mesure de faveur qui confère aux enfants émancipés une demi-capacité, mais qui laisse subsister entre l'enfant émancipé et sa famille tous les liens de parenté avec tous les droits qui y sont attachés.

*** **Tableau de la famille romaine**. — *Régime patriarcal.* — La famille romaine est une famille patriarcale ; c'est-à-dire qu'elle repose tout entière sur l'autorité du chef, ou *pater*. C'est, *patria potestas*, ou puissance du chef, qui est la base de la famille et de la parenté et non le mariage.

Groupe fortement organisé. — Sous l'autorité de ce chef, la famille romaine présente l'aspect d'un groupe fortement organisé, vivant d'une vie propre au sein de l'Etat, avec ses intérêts particuliers, soit pécuniaires, soit religieux (*sacra privata*) (1).

Parenté civile. — La parenté civile ne repose pas sur les liens du sang, mais sur l'identité de puissance. Sont parents aux yeux de la loi ceux qui sont actuellement, ceux qui ont été jusqu'à sa mort ou ceux qui auraient pu être sous la *patria potestas* du même auteur commun, en lui supposant une durée indéfinie.

Cette parenté s'appelle agnation ; ceux qui peuvent l'invoquer sont entr'eux agnats.

A défaut d'identité de puissance, les liens du sang seuls ne peuvent créer qu'une parenté naturelle, sans effet juridique, appelée cognation.

Parenté par les mâles. — Il suit de là, logiquement, que la parenté civile ne s'établit et ne se transmet que par les mâles. L'enfant est parent de son père et de ses frères. Mais il n'est parent de

(1) May, *op. cit.*, n° 35.

sa mère que si sa mère est entrée sous la puissance de son mari par la *manus* ; il n'a, au contraire, avec elle aucun lien de parenté, si elle n'est pas sous la *manus* de son mari ; parce qu'alors elle fait partie d'un autre groupe, d'une autre *domus* (maison). Et jamais, que la mère soit ou non sous la *manus* de son mari, jamais il n'est l'agnat des parents de celle-ci. Il n'y a pas de parenté par les femmes.

Caractère de la « patria potestas ». — La *patria potestas* n'est pas à Rome une puissance établie dans un but de protection pour les enfants, créant des obligations pour le père et des droits pour l'enfant. C'est une autorité analogue à la puissance du maître sur l'esclave. Elle ne confère au père que des droits et aucun devoir. Seul de tous les membres de la famille, il a une personnalité juridique, un patrimoine ; seul il est propriétaire. Tout ce que les esclaves, les enfants, la femme *in manu* acquièrent, tout cela lui appartient. Il est en même temps le souverain prêtre des dieux du foyer (*sacra privata*).

Exclusion des femmes de la « patria potestas ».— La puissance paternelle n'appartient qu'à l'homme, seul assez fort pour commander et pour protéger autrui ; elle n'appartient jamais à la femme, quoiqu'elle puisse exercer la puissance *dominicale* sur les esclaves dont elle est propriétaire, lorsqu'elle est *sui juris*.

Cercle très étendu de la domus. — Les membres de la famille placés sous l'autorité immédiate du *paterfamilias* forment un cercle très étendu. En effet la *patria potestas* a une durée indéfinie : elle ne cesse ni par l'âge, ni par le mariage. Dès lors, le *paterfamilias* a sous sa puissance :

1° Sa femme *in manu* ;

2° Ses enfants (fils ou filles) ;

3° Les femmes de ses fils mariés *cum manu* ;

4° Les petits enfants nés de ses fils, et ainsi de suite ;

5° Les enfants qu'il a adoptés.

Au contraire, il n'a pas sous sa puissance :

1° Sa femme mariée sans *manus* ; elle reste sous l'autorité de son *paterfamilias* ;

2° Les femmes de ses fils mariés sans *manus* ;

3° Les petits-enfants nés de ses filles avec ou sans *manus*. Ils sont sous la puissance de leurs maris s'ils sont *sui juris*, ou du père de ces derniers s'ils sont *alieni juris*.

Enfin, il cesse d'avoir sous sa puissance :

1° Les fils ou filles qu'il a émancipés ;

2° Les filles qu'il a mariées en conférant la *manus* sur elle à leurs maris ;

3° Les fils ou filles qu il a donnés en adoption à un autre *paterfamilias*

Caractère de l'émancipation. — Dans sa notion primitive, l'émancipation romaine n'est pas comme aujourd'hui une mesure de faveur pour l'enfant. C'est plutôt une déchéance. Par cet acte le père chasse l'enfant de la *domus* : tout lien de parenté est rompu entre lui et son ancienne famille ; tout droit de succession est perdu. L'enfant devient bien *sui juris* ; mais s'il est impubère, il entre en tutelle.

Des différents membres de la famille romaine — La famille romaine compte trois éléments :

1° Les héritiers siens ;

2° Les agnats ;

3° Les gentiles.

Il y a lieu de définir chacun de ces termes.

*** **Héritiers siens**. — *Définition.* — On entend par héritiers siens (*heredes sui*) ceux qui sont sous la puissance immédiate du *paterfamilias* au moment de sa mort, et qui deviennent *sui juris* par sa mort.

Exemples. — Tels sont, notamment :

La femme du *paterfamilias in manu* ;

Les enfants du 1 r degré ;

Les petits enfants dont le père est sorti dela famille par décès, émancipation ou autrement.

Sens de l expression. — Cette expression « héritier sien », c'est-à-dire héritier de soi-même, étonne. Elle s'explique ainsi. Du vivant du *paterfamilias*, ses enfants sont, au moins théoriquement, copropriétaires du patrimoine de famille qu'ils contribuent à enrichir par leurs acquisitions. Dès lors, quand le *paterfamilias* meurt, on peut dire qu'ils ne réalisent pas une acquisition nouvelle ; ils entrent en possession de biens sur lesquels ils avaient déjà une sorte de droit abstrait. Voilà dans quelle mesure on peut dire qu'ils héritent d eux-mêmes.

L agnation et la cognation. — *Définition.* — L'agnation est le lien de parenté civile qui existe entre ceux qui sont ont été jusqu à sa mort, ou auraient pu être sous la *patria potestas* d un auteur commun, en lui supposant une durée d existence indéfinie.

La cognation est le lien du sang qui existe entre les personnes qui descendent les unes des autres ou d'un auteur commun.

Développement. — D'après la définition qui précède, sont agnats :

1° Ceux qui sont sous la puissance du même *paterfamilias*.

Tels sont entre eux : les frères et sœurs légitimes ou adoptifs, la mère mariée *cum manu* et ses enfants légitimes.

Au contraire, sont seulement cognats et non agnats : un fils en puissance et son frère émancipé ou donné en adoption à un autre *pater*, la mère et ses propres enfants dans le mariage sans *manus*.

2° Ceux qui ont été jusqu'à la mort du *paterfamilias* sous sa puissance.

Lorsque le *paterfamilias* meurt, les enfants qui étaient sous sa puissance immédiate deviennent *sui juris* ; mais ils restent entre eux agnats après cette mort ;

3° Ceux qui auraient pu être, en lui supposant une durée indéfinie, sous la puissance du même auteur commun.

Par exemple : les enfants posthumes par rapport à leurs frères nés du vivant du *paterfamilias*.

Caractère artificiel de l'agnation. — Le lien de parenté créé par l'agnation est purement artificiel Il peut se faire qu'il existe entre personnes n'ayant aucun lien du sang, par exemple entre frères adoptifs d'un même père alors qu'il n'existe pas entre personnes parentes au premier degré au point de vue de la nature, comme la mère et les enfants dans le mariage sans *manus*.

Importance juridique de l'agnation — Et cependant, l'agnation est la seule parenté reconnue et sanctionnée par le droit civil romain, la seule entraînant des conséquences au point de vue successoral. Les agnats héritent, pas les cognats.

Evolution de la législation romaine — Le progrès a consisté à faire évoluer la législation vers une protection de plus en plus grande de la parenté naturelle, de la cognation.

Ce fut d'abord l'œuvre du préteur, qui notamment accorda la possession des biens héréditaires à l'enfant émancipé concurremment avec les enfants restés en puissance

Ce fut ensuite l'objet du sénatusconsulte Tertullien, sous Hadrien et du sénatusconsulte Orphitien, rendu sous Marc-Aurèle et Commode, pour établir des droits réciproques de succession entre la mère et l'enfant dans le mariage sans *manus*.

Mais il faut arriver jusqu'à Justinien pour voir supprimer complètement le système de l'agnation et pour assister au triomphe définitif de la cognation. Ce fut l'ojet de deux de ses plus

fameuses novelles, les novelles 118 et 127 des années 543 et 547.

La gens. — *Notion confuse.* — On ne possède sur la *gens* qu'une notion confuse. Aucun texte juridique précis n'a survécu à ce sujet ; on n'a pour se guider qu'une définition trop vague de Cicéron. D'après Cicéron, les gentiles sont ceux qui portent le même nom, descendent d'ingénus sans aucune origine servile et enfin n'ont pas subi de *deminutio capitis*.

Opinion la plus répandue. — D'après l'opinion la plus répandue aujourd'hui la *gens* serait un prolongement de la famille. Elle serait composée de gens qui se considèrent comme issus d'un même auteur commun sans pouvoir faire la preuve de cette parenté, parce qu'elle se perd dans la nuit des temps (1).

Effets juridiques de la gentilitas. — La *gentilitas* produisait deux effets juridiques. A défaut d'agnats c'est aux gentiles que revenaient la succession et la tutelle.

Disparition de la gens. — La *gens* tomba en désuétude d'assez bonne heure. Il n'en est plus question au IIe siècle de notre ère.

CHAPITRE II. — LA PATRIA POTESTAS.

Définition. — La *patria potestas* est la puissance exercée par l'ascendant mâle le plus âgé sur ses enfants et sur ses descendants à l'infini.

Divers points à étudier. — Au sujet de la *patria potestas* il y a lieu d'étudier les quatre points suivants :

§ 1er. — Sa nature juridique.
§ 2. — Ses effets
§ 3. — Ses sources.
§ 4. — Ses causes d'extinction.

§ 1. — Sa nature juridique.

Rappel de développements antérieurs. — Pour préciser davantage encore la nature de la *patria potestas*, il nous suffira de rappeler en les groupant des notions déjà fournies antérieurement.

1° La *patria potestas* n'est pas comme aujourd'hui un pouvoir de protection uniquement établi pour protéger ceux qui y sont

(1) Girard, *op. cit.*, p. 138.

soumis. Elle est établie, en apparence du moins, dans l'interêt même de celui qui l'exerce, en ce sens que tous les droits sont de son côté et toutes les obligations du côté de ceux qui y sont soumis.

En réalité, elle est organisée dans l'intérêt bien entendu de la famille. A ce groupe, il faut un chef qui commande sans partage et muni des pleins pouvoirs, pour la sauvegarde des intérêts du groupe. Et derrière l intérêt de la famille apparaissait l'intérêt de l Etat. Chaque famille était comme une école de discipline et de respect qui formait le citoyen romain et le préparait à la vie publique (1).

2° Par voie de conséquence, la *patria potestas* est perpétuelle ; elle ne cesse pas comme aujourd'hui à la majorité de l'enfant. Quel que soit son âge, l'enfant y reste soumis indéfiniment.

3° La puissance paternelle n'appartient qu'à l'homme : elle n'est jamais exercée par la femme. A la mort du *paterfamilias*, l'enfant, quel que soit son âge, devient *sui juris*.

4° La puissance paternelle appartient à l'ascendant mâle le plus âgé. Ainsi, lorsque le père de l'enfant est lui-même en puissance de son père, c'est ce dernier qui exerce la *patria potestas* sur son fils et sur son petit-fils.

5° Enfin la *patria potestas* implique avant tout l'idée de souveraineté domestique. Elle ne suppose pas nécessairement l'idée de paternité. Le *paterfamilias* est la personne *sui juris* qui est chef de maison et qui n'est sous la *potestas* de personne. Ainsi est *paterfamilias*, le célibataire *sui juris*, l'homme marié *sui juris* sans enfant ; est *paterfamilias* l'enfant au berceau qui est émancipé ou qui vient à perdre son *pater* (2).

§ 2. — Ses effets.

Distinction. — Il faut étudier la *patria potestas* à deux époques : 1° dans l'ancien droit ; 2° l'époque classique et sous le Bas-Empire.

a) *Ancien droit.*

Pouvoirs sur la personne. — *Idée générale.* — Le *paterfamilias* avait, en principe, sur le fils et la fille de famille les mêmes pouvoirs que sur ses esclaves.

(1) May, *op. cit.*, n° 35.

(2) Dans ce sens un texte très connu au Digeste, L. XVI, 195, § 2. « Pater autem, familias appellatur qui in domo dominium habet ; recti qua hoc nomine appellatur quamodis, filium non habeat. »

Conséquences. — Par voie de conséquence :

1° Il pouvait les abandonner, s'il ne voulait pas en assumer la charge ;

2° Il pouvait les vendre. Lorsque la vente avait lieu à Rome, l'enfant ne devenait pas esclave, il était sous le *mancipium* de l'acheteur. Lorsqu'elle avait lieu hors de Rome au delà du Tibre, l'enfant tombait en esclavage.

L'enfant *in mancipio* qui était affranchi retombait sous la puissance de son père, qui pouvait le revendre encore.

Mais, la loi des XII tables décida qu'après trois ventes successives, le fils de famille deviendrait *sui juris* (1).

Le texte ne faisait mention que du fils. Les jurisconsultes en conclurent, par argument *a contrario*, pour la fille et le petit fils qu'une seule vente suffirait pour les libérer.

3° Le fils de famille ne peut pas se marier sans le consentement du *pater familias*. Une fois marié, ce n'est pas lui, mais le *paterfamilias* qui exerce la *manus* sur sa femme et la *patria potestas* sur ses enfants. Enfin, le *paterfamilias* peut briser le mariage de son fils ou de sa fille en lui imposant le divorce.

4° Le père pouvait infliger des châtiments corporels à ses enfants et même les mettre à mort, après avoir pris l'avis des plus proches parents.

Pouvoirs sur les biens. — L'enfant en puissance est *alieni juris* ; il n'a donc pas de personnalité juridique ; pas de patrimoine. Lorsqu'il figure dans un acte juridique c'est pour le compte du *paterfamilias* et c'est lui qui devient par son intermédiaire propriétaire ou créancier. Mais il ne peut pas rendre pire la condition du *paterfamilias*, c'est-à-dire le constituer débiteur d'un tiers.

Le *paterfamilias* peut bien confier un pécule à l'enfant pour l'administrer (pécule profectice) ; mais c'est lui, et non l'enfant, qui en est propriétaire.

Comparaison du fils de famille et de l'esclave. — *Ressemblance.* — A cette époque primitive, le fils de famille a une situation identique à celle de l'esclave. Tous deux sont *alieni juris* soumis à l'autorité absolue du *paterfamilias*, au point de vue de la personne et des biens.

Différences. — Cependant le fils de famille diffère de l'esclave à deux points de vue essentiels :

(1) *Si filium pater ter venumduit, filius a pater liber esto.*

1° Le fils de famille est une personne libre : il a le *status libertatis* qui manque à l'esclave.

2° Le fils de famille est un citoyen romain ; il a le *status civitatis*. Et au point de vue politique le fils de famille a les mêmes droits qu'un *paterfamilias*, droit de vote, droit d'être élu aux magistratures.

b) *Droit classique et Bas-Empire.*

Tendance de la législation. — Dès la fin de la République une tendance se manifeste de plus en plus dans le sens de la limitation des pouvoirs du *paterfamilias* et de la reconnaissance des droits de l'enfant, soit au point de vue de la personne, soit au point de vue des biens.

Pouvoirs sur la personne. — Ces pouvoirs du *paterfamilias* sur la personne de ses enfants subit de nombreuses restrictions.

1° Antonin le Pieux enlève au *paterfamilias* le droit de rompre par le divorce un mariage *bene concordam* de son fils.

2° Le droit de vie et de mort lui est enlevé sous Sévère.

3° Le père ne peut plus vendre ses enfants qu'au cas d'extrême misère et il ne peut les abandonner, sous Constantin, qu'à leur naissance (*adhuc sanguinolentus*).

4° Enfin on reconnaît à l'enfant le droit de se plaindre de son *paterfamilias* en justice et de lui réclamer des aliments.

*** **Pouvoirs sur les biens**. — *Théorie des pécules*. — La condition juridique du fils de famille va se trouver améliorée par le développement de la notion des pécules. A côté du pécule profectice qui existe toujours avec ses caractères antérieurs, le fils de famille va pouvoir posséder, à différences époques, un pécule castrense, un pécule quasi-castrense et un pécule adventice.

Pécule castrense — Il fut créé par Auguste peut-être par César, au profit du fils de famille militaire.

Il comprenait tout ce que le fils acquérait en qualité de militaire (*apud castra* dans les camps), notamment sa solde et sa part de butin de guerre.

Les biens composant ce pécule appartenaient en toute propriété au fils de famille, à tel point qu'en mourant il pouvait en disposer par testament. Lorsqu'il mourait sans en disposer, il revenait au père, *jure peculii*.

Pécule quasi-castrense. — Il fut créé par Constantin.

Il comprend ce que le fils de famille acquiert au service de la cour, de l'Etat ou de l'Eglise.

Ce pécule est assimilé au pécule castrense.

Pécule adventice. — Il fut également créé par Constantin.

Tout d'abord, il comprit seulement les biens que l'enfant avait recueillis dans la succession de sa mère.

Puis, sous les successeurs de Constantin, on y fit entrer : ce que l'enfant acquérait des parents de la mère, de son conjoint, de son fiancé.

Justinien acheva la réforme. Il décida que tous les biens qu'acquerrait l'enfant en puissance lui appartiendraient en propre, sauf, les biens qui lui venaient de son père et qui continueraient à former le pécule profectice.

Sur le pécule adventice, le *paterfamilias* avait droit d'administration et de jouissance, origine lointaine du même droit lui appartenant aujourd'hui sur tous les biens de ses enfants mineurs.

§ 3. — Ses sources.

Enumération. — La *patria potestas* naît de trois sources :

1° Le mariage ou *justæ nuptiæ*.

2° La légitimation

3° L'adoption.

Renvoi aux sections suivantes. — Chacune de ces sources comportant de long développements, après les avoir mentionnées ici, par raison de symétrie, nous en renvoyons l'étude détaillée aux trois sections suivantes.

§ 4. — Ses causes d'extinction.

Enumération. — La *patria potestas* prend fin :

1° Par la mort du *paterfamilias* ou de l'enfant ;

2° Par la perte de la liberté ou de la cité se produisant en la personne soit du *paterfamilias* soit de l'enfant ;

3° Par le changement de famille.

Par exemple, si le *paterfamilias* se donne en adrogation à un autre *paterfamilias*, il passe, nous le verrons, lui et sa famille, sous l'autorité de ce *pater*.

4° Par l'élévation du fils ou de la fille à certaines fonctions : autrefois la fonction de flamine de Jupiter ou de Vestale ; sous Justinien, la fonction de patrice, de consul, de préfet du prétoire, d'évêque, etc.

5° Par l'émancipation, dont nous allons nous occuper seulement.

*** **Emancipation.** — *Définition.* — L'émancipation est l'acte par lequel le *paterfamilias* met fin à la *patria potestas* à l'égard d'un de ses enfants.

Origine historique. — Les lois ne donnaient aucun moyen direct au père pour abdiquer sa puissance. Mais nous avons vu que la loi des XII tables décidait que le père qui aurait vendu trois fois son fils perdrait sur lui son pouvoir. Les praticiens y trouvèrent un moyen d'émancipation. Il suffisait pour le père de vendre fictivement trois fois le fils qu'il voulait libérer de sa puissance.

Forme ancienne. — Pour cela le père s'entendait avec un ami. Il lui vendait son fils en lui faisant promettre par un contrat de fiducie qu'il l'affranchirait. Le fils, affranchi par le compère, retombait sous la puissance de son père.

Une seconde vente avait lieu, suivie d'un second affranchissement ; le fils retombait encore au pouvoir de son père.

Lors de la troisième vente, le père faisait promettre par son ami, non pas qu'il affranchirait le fils, mais qu'il le lui revendrait, afin de l'affranchir lui-même ensuite. De cette façon, les droits du patron n'appartenaient pas au comparse, mais étaient réservés au *paterfamilias*.

Pour la fille et pour le petit-fils, une seule vente suffisait pour réaliser l'émancipation.

Forme simplifiée. — L'empereur Anastase (en l'an 502) admit que l'émancipation des enfants absents pourrait avoir lieu par rescrit impérial. C'est l'*emancipatio Anastasiana*.

Justinien décida que l'émancipation aurait toujours lieu désormais par une simple déclaration reçue par un magistrat. C'est l'*emancipatio Justinianea*.

Effets dans le droit ancien. — L'émancipation, dans le droit ancien est, nous l'avons dit, une sorte de déchéance et de peine, et non pas, comme aujourd'hui, une mesure de faveur pour l'enfant.

En effet, tout lien est rompu entre lui et sa famille ; il perd à son égard tous ses droits de succession. Il est *sui juris*, il est vrai ; mais sans aucun bien. Et s'il est impubère, il entre en tutelle.

Effets dans le droit nouveau. — Dans le droit nouveau la condition de l'enfant émancipé est considéralement amélioré :

1° Le Préteur lui accorde un droit de succession en concours avec ses frères et sœurs restés en puissance.

2° Il est d'usage que l'enfant émancipé garde son pécule profectice, à moins d'une volonté contraire du père. En outre, il conserve son pécule *castrens* et son pécule adventice. Mais sur ce dernier le père a le droit de retenir, comme indemnité pour sa privation de jouissance, un tiers en pleine propriété, sous Constantin, et la moitié en usufruit sous Justinien.

CHAPITRE III. — LE MARIAGE (*JUSTÆ NUPTIÆ*).

Évolution historique du mariage à Rome. — *Trois phases successives*. — On peut assigner au mariage à Rome trois phases successives :

Dans la première, le mariage et la *manus* se confondent, en ce sens qu'il n'y a pas mariage, sans que la femme tombe sous la *manus* de son mari.

Dans la seconde, à côté du mariage avec *manus* qui continue à subsister apparaît une forme nouvelle du mariage, mariage sans *manus* ou mariage libre.

Enfin, dans le dernier état du droit romain, la *manus* est tombée en désuétude, le mariage sans *manus* est seul en vigueur.

1re phase : Le mariage avec manus. — Dans cette période, il n'y a qu'une seule espèce de mariage, le mariage avec *manus*. La femme qui se marie passe toujours sous la *manus* de son mari ; elle cesse donc de faire partie de son ancienne famille, pour entrer dans celle de son mari, où elle tient la place d'une fille, la *manus* étant une puissance identique à la *patria potestas*.

C'est à cette phase de l'histoire du mariage que se rapporte la définition célèbre que le jurisconsulte Modestin (au IIIe siècle de notre ère) donnait du mariage : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.* » « Le mariage est l'union de l'homme et de la femme, une association de la vie entière, emportant communauté d'intérêts pécuniaires et religieux. »

2e phase : Coexistence du mariage avec manus et du mariage sans manus. — *Date de l'apparition du mariage sans manus.* — Le mariage sans *manus* apparaît à une date indéterminée. Les uns disent qu'il existait à l'époque de la loi des XII tables.

Les autres pensent, au contraire, qu'il ne fut reconnu que vers la fin du VIe siècle de Rome.

Traits caractéristiques du mariage sans manus — 1° Dans le mariage sans *manus* la femme n'entre pas dans la famille de son mari, et ne tombe pas sous sa puissance. Elle demeure dans sa famille d'origine, et elle reste sous la puissance de son *paterfamilias* ou demeure *sui juris*, comme elle serait si elle n'était pas mariée.

2° Le mariage sans *manus* ne comporte aucune solennité particulière. C'est le seul consentement des époux qui le forme.

3° Le mariage sans *manus* se dissout par le divorce. Et le divorce peut avoir lieu par la volonté d'un seul, de la femme comme du mari, ou par consentement mutuel.

4° Enfin, l'autorité publique n'intervient pas dans le mariage. Les époux se marient et divorcent, sans qu'elle ait à se manifester. En sorte que le mariage romain ressemble plutôt à l'union libre d'aujourd'hui qu'au mariage moderne proprement dit.

3e phase : Disparition de la manus. — La *manus* tomba peu à peu en désuétude. Mais il est difficile de préciser l'époque de sa disparition complète. Gaius en parle encore comme d'une institution en vigueur. Paul et Papinien y font quelque part allusion. Ce qui est certain c'est que cette institution a complètement cessé d'exister au IVe siècle.

Division de la section. — Nous diviserons l'étude des *justæ nuptiæ* en cinq paragraphes :

§ 1er. — Formation des *justæ nuptiæ*.
§ 2. — Conditions de fond des *justæ nuptiæ*.
§ 3. — Effets des *justæ nuptiæ*.
§ 4. — Dissolution des *justæ nuptiæ*.
§ 5. — Des unions autres que les *justæ nuptiæ*.

§ 1. — Formation des justæ nuptiæ.

Sous-distinction. — Il faut distinguer : *a*) le mariage avec *manus* ; *b*) le mariage sans *manus*.

a) *Mariage avec manus.*

Position de la question. — La question que nous examinons revient à se demander comment s'acquérait la *manus*. On distinguait trois modes d'acquisition : la *confarreatio*, la *coemtio* et l'*usus*.

1° **Confarreatio**. — Ce procédé, réservé aux patriciens, consistait dans l'offrande à Jupiter d'un pain d'épeautre accompagnée de paroles solennelles en présence des deux époux, de dix témoins, du grand pontife et du flamine de Jupiter.

2° **Coemtio**. — Forme du mariage plébéien. C'était une vente fictive de la femme à son mari, en présence de cinq citoyens romains pubères, d'un *libripens* et des deux époux, à l'aide de paroles sacramentelles. Les formes étaient les mêmes que pour la *mancipatio*, mode d'acquisition des choses précieuses, que nous étudierons plus tard ; les paroles seules étaient différentes.

3° **Usus**. — Il résultait de la cohabitation continue de l'homme et de la femme pendant un an. La femme pouvait éviter ce résultat, en découchant trois nuits avant la fin de l'année. C'est ce qu'on appelle l'*usurpatio trinoctii*.

De la manus fiduciæ causa. — *Définition*. — On appelait ainsi la *manus* qui était constituée, pour arriver à un certain résultat juridique par un détour ingénieux. C'était quelque chose d'analogue au *mancipium* établi *fiduciæ causâ* pour aboutir à l'émancipation d'un fils de famille ; on l'opposait à la *manus* établie en vue du mariage, *matrimonii causâ*.

Principaux cas d'application. — 1° Pour permettre à la femme de faire un testament. Avant Hadrien, en effet, une femme ne pouvait pas tester si elle était restée dans sa famille d'origine. Pour remplir cette condition, la femme se donnait *in manu* à quelqu'un, qui s'engageait par un contrat de fiducie à l'affranchir ensuite.

2° Pour changer de tuteur. Elle se donnait *in manu* à la personne qu'elle voulait avoir comme tuteur. Elle échappait ainsi à son tuteur précédent et elle recouvrait sa liberté par l'émancipation que le comparse opérait en conformité avec le contrat de fiducie.

b) *Mariage sans manus*.

Absence de forme juridique. — Le mariage sans *manus* était dispensé de toute espèce de forme juridique. Sans doute, en fait, il était entouré de réjouissances et de cérémonies symboliques ; mais elles n'avaient rien d'obligatoire et n'étaient pas une condition de formation du mariage.

Tout au plus, d'après l'opinion la plus répandue, faut-il que la femme soit conduite au domicile du mari (*deductio mulieris in domum mariti*). Cette solution est tirée d'un texte qui dit que le mari absent peut se marier, mais non la femme absente.

Essai d'explication. — Cette solution étonne dans une législation aussi formaliste que la législation romaine. On a expliqué cette anomalie en disant que le mariage n'était pas pour les Romains un acte juridique, mais un état de fait auquel la coutume rattachait des conséquences juridiques. Or un état de fait existe en l'absence de toute forme (1).

§ 2. — Conditions de fond des justæ nuptiæ.

Cinq conditions requises. — Cinq conditions doivent être réunies :

a) Le consentement des futurs époux.
b) Le consentement du *paterfamilias*.
c) L'âge de la puberté.
d) Le *connubium*.
e) Absence de mariage non dissous.

a) *Consentement des futurs époux.*

Importance relative suivant les époques. — Le consentement des futurs époux — au moins lorsqu'ils étaient *alieni juris* — n'a pas toujours eu la même importance suivant les époques. Au début, le seul consentement légal était celui du *paterfamilias* ; on mariait les enfants plutôt qu'ils ne se mariaient. Mais au fur et à mesure que la personnalité de l'enfant s'affirme, le consentement des futurs époux, même en puissance, devient une condition indispensable du mariage.

b) *Consentement du paterfamilias.*

Personnes alieni juris. — *Consentement nécessaire à tout âge.* — A tout âge, les personnes en puissance avaient besoin du consentement du *paterfamilias* pour se marier. C'était une conséquence de la *patria potestas* et non dans un but de protection, comme aujourd'hui. La mère n'avait pas besoin d'être consultée.

Cas du petit-fils. — Le petit fils devait avoir, outre le consentement du *paterfamilias*, celui de son père ; parce que les enfants à naître de son mariage se trouveraient un jour sous sa puissance ; et il était de règle qu'on ne pouvait pas avoir un héritier sien sans son consentement. « *Nemini invito heres suus adgnascitur* ». Il en était autrement pour la petite fille dont les enfants tombaient sous la puissance du *paterfamilias* de son mari.

(1) Dans ce sens May, *op. cit.*, n° 38.

Dispense exceptionnelle. — Sous Auguste, la loi Julia de l'an 736, autorisa l'enfant à se marier avec autorisation du magistrat au cas de refus injustifié du *paterfamilias*

Plus tard, au Bas-Empire, on permit à l'enfant de se marier quand le *paterfamilias* était dans l'impossibilité de donner son consentement, parce qu'il était absent, fou ou captif.

Personnes sui juris — Quel que soit leur âge, les personnes *sui juris* du sexe masculin ont toujours pu, à Rome, se marier sans le consentement de personne.

Quant aux femmes *sui juris*, au début, elles durent avoir le consentement de leur tuteur pour se donner *in manu*, et peut-être même pour se marier sans *manus* Quand la tutelle perpétuelle des femmes eut disparu, on obligea la femme à obtenir le consentement de ses parents jusqu'à l'âge de 25 ans. C'était bien alors dans un but de protection.

c) *Age de la puberté.*

Pour les femmes — De bonne heure, l'âge de la puberté fut fixé pour les femmes à 12 ans.

Pour les hommes. — Le système primitif, consistant à fixer en fait dans chaque cas particulier l'âge de la puberté chez l'homme, resta longtemps en vigueur. Les Proculiens proposèrent un âge uniforme, 14 ans. Mais cette opinion ne triompha que sous Justinien.

*d) *Le connubium.*

Définition. — Le *connubium* est l'aptitude légale à contracter les *justæ nuptiæ*.

Deux sortes d'incapacités. — On distinguait à cet égard deux sortes d'incapacités : 1° des incapacités absolues ; 2° des incapacités relatives.

Incapacités absolues. — *Définition.* — On entendait par là celles qui mettaient obstacle au mariage d'une personne avec n'importe quelle autre personne.

Enumération. — Etaient privés du *jus connubii* : les esclaves, les pérégrins, les latins coloniaires et les latins Juniens.

Parfois, le *jus connubii* fut concédé à titre individuel à des non-citoyens.

L'exercice de ce droit reçut une extension presque absolue le jour où la qualité de citoyen fut étendue, d'abord par Caracalla, plus tard par Justinien.

Incapacités relatives. — *Définition.* — Ce sont celles qui ne mettent obstacle au mariage qu'entre deux personnes déterminées, pour des raisons qui leur sont propres

Tirées des relations de parenté ou d'alliance. — Comme aujourd'hui, la parenté mettait obstacle au mariage. Sauf quelques dérogations temporaires, les règles furent, en droit romain, à peu près les mêmes qu'aujourd'hui : Interdiction du mariage absolue entre parents en ligne directe à l'infini ; en ligne collatérale, jusqu'au 3e degré, c'est-à-dire entre oncle et nièce, tante et neveu.

L'alliance était un obstacle absolu en ligne directe. En ligne collatérale, entre beau-frère et belle sœur, le mariage ne fut interdit qu'à partir de l'empereur Constance (350 à 361).

Tirées de considérations politiques. — Le mariage fut d'abord prohibé entre patriciens et plébéiens jusqu'à la loi Canuleia (309 de Rome) ; puis entre affranchis et ingénus, prohibition restreinte ensuite aux seules personnes de rang sénatorial, enfin entre un gouverneur de province et une fille de sa province.

e) *Absence de mariage non dissous.*

Principe absolu de monogamie. — Les Romains ont toujours observé comme règle absolue la monogamie. Les futurs époux devaient donc, l'un et l'autre, être dégagés de tout lien matrimonial antérieur au moment de se marier.

En outre, la femme veuve ou divorcée qui se remariait devait, comme aujourd'hui, observer le délai de viduité de dix mois, dans le même but qu'aujourd'hui pour éviter la confusion de part (*turbatio sanguinis*).

§ 3. — Effets des justæ nuptiæ.

Trois points de vue. — On peut les étudier à trois points de vue : *a*) dans les rapports des époux ; *b*) dans les rapports de la mère et des enfants ; *c*) dans les rapports du père et des enfants

a) *Effets entre époux.*

1° **Condition de la femme dans le mariage avec manus.** — *Identité de la manus et de la patria potestas.* — La *manus* est un pouvoir, en tous points semblable à la *patria potestas*, quant à ses effets

Conséquences. — Ainsi, la femme *in manu* est considérée

comme la fille de son mari, *loco filiæ* et comme la sœur de ses enfants. Elle cesse de faire partie désormais de son ancienne famille ; tout lien d'agnation est rompu pour elle ; elle entre entièrement dans la *domus* du mari, et elle est admise au culte privé de sa famille, *sacra privata*. Etant *alieni juris*. elle n'a aucun patrimoine Si, au moment de se marier, elle était *sui juris*, les biens qu elle possédait à ce moment sont acquis par le mari, à titre universel. C'est à lui qu'appartiennent tous les biens qu'elle peut acquérir pendant le mariage, comme ceux qui sont acquis par les fils ou les filles de famille.

Enfin, à la mort de son mari, la femme *in manu* vient à sa succession, en qualité d'*heres sua*, au même titre que ses propres enfants et en concurrence avec eux.

** **Condition de la femme dans le mariage sans manus.** — *Pas de potestas mariti*. — Dans le mariage sans *manus*, la femme n'entre pas dans la famille de son mari, et ne tombe pas sous sa *potestas*. Elle reste dans sa famille originaire et dans la même condition qu'au moment du mariage. Si à ce moment elle était *sui juris*, elle reste *sui juris* ; si elle était *alieni juris*, sous la puissance de son père, elle reste soumise à cette puissance ; car le mariage à Rome n'émancipe pas comme aujourd'hui.

Biens de la femme. — Les biens de la femme *sui juris* restent en principe sa propriété ; il en est de même des biens qu'elle peut acquérir au cours du mariage Le mari n'a sur eux ni droit d'administration, ni droit de jouissance. Mais l'usage est que des biens soient constitués en dot au mari, soit par la femme elle-même, si elle est *sui juris*, soit par son *paterfamilias*, si elle est *alieni juris*. Les biens dotaux deviennent la propriété du mari ; mais nous verrons plus loin que ses pouvoirs sur ces biens ont été diminuant de plus en plus jusqu'à Justinien. Les biens que la femme garde en propre s'appellent, comme aujourd'hui, biens paraphernaux, par opposition aux biens dotaux.

A la mort du mari, la femme *sine manu* n'a aucun droit à sa succession. A partir d'une certaine époque, elle eut le droit de reprendre sa dot. Mais plus tard, le préteur accorda aux deux époux un droit réciproque de succession sur les biens de son conjoint prédécédé.

b) *Effets entre la mère et les enfants.*

Mariage avec manus. — Nous avons déjà dit que, dans ce cas, la femme est comme la sœur de ses enfants.

Mariage sans manus. — Dans ce mariage, il n'y a aucun lien de parenté civile, d'agnation, entre la mère et ses enfants. Car ils font partie de deux *domi* différentes ; ils ne sont pas placés sous la même *potestas*. Ils sont seulement cognats. En conséquence, dans le droit primitif il n'existait entre eux aucun droit de succession réciproque

Nous avons déjà dit que cette solution, peu conforme à la nature, avait été modifiée par deux sénatus-consultes : le sénatus-consulte Tertullien (117 à 138) sous Hadrien, et le sénatus-consulte Orphitien sous Marc-Aurèle (161).

c) *Effets entre le père et les enfants.*

Identité entre les deux mariages. — Dans les rapports du père et des enfants le mariage produisait des effets identiques, qu'il y eût ou non *manus*. Les enfants étaient toujours placés sous la *patria potestas* du père.

Preuve de la paternité. -- La paternité échappe à toute démonstration directe. On y suppléait par une double présomption, que notre Code civil a conservée :

1° Que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ; « *pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant* ».

2° Que la durée de la grossesse la plus longue est de 300 jours, celle de la grossesse la plus courte 180 jours.

Ce qui permettait à l'enfant d'établir qu'il avait été conçu pendant le mariage.

§ 4. — Dissolution des justæ nuptiæ.

Enumération. — La dissolution des *justæ nuptiæ* résulte :

1° De la mort de l'un des époux ;

2° De la perte de la liberté ;

3° De la perte de la cité, pour l'un ou l'autre ;

4° Du divorce.

Etude particulière du divorce. — Il faut distinguer le mariage *cum manu* et le mariage *sine manu*.

a) *Mariage cum manu.*

Différence entre le mari et la femme. — La femme *in manu* ne peut imposer le divorce à son mari ; elle n'a aucun moyen de se soustraire à la puissance de son mari, pas plus qu'un fils de famille à la *patria potestas*.

Au contraire, le mari peut répudier sa femme en mettant fin à la *manus*. Lorsque la *manus* avait été établie par *confarreatio*, une cérémonie inverse était nécessaire *diffareatio*. Lorsque la *manus* était constituée par *coemtio* ou *usus*, le mari pouvait y mettre fin par voie d'émancipation.

b) *Mariage sine manu.*

Liberté absolue du divorce. — Le mariage *sine manu* était considéré comme un état de fait, un certain genre de vie, supposant le consentement mutuel des époux. Lorsque cet accord de volontés cesse, par le fait des deux époux ou par le fait d'un seul, le mariage prend fin, il y a divorce.

Deux sortes de divorce. — Il y avait donc deux sortes de divorce :

1° Le divorce par consentement mutuel, ou *divortium* proprement dit.

2° Le divorce par la volonté d'un époux ou *repudium*.

Absence de forme et de cause. — D'ailleurs, le divorce était pratiqué librement par les époux, sans être subordonné à aucune forme particulière, ni à aucune cause déterminée.

L'autorité publique n'intervenait à Rome, ni pour la formation, ni pour la dissolution du mariage. On se mariait et on se séparait avec la même facilité, comme dans l'union libre de nos jours.

C'est surtout à partir du VIe siècle de Rome et au commencement de l'Empire qu'on en fit un abus énorme. A tel point que les femmes, dit un historien, ne comptaient plus les années par les noms des consuls, comme autrefois, mais par les noms de leurs maris.

Réformes d'Auguste.— Auguste, qui s'était préoccupé de combattre la diminution de la population en établissant tout un système savant de déchéances par les lois caducaires, fit bien peu de chose pour le divorce. Il se borna à en faciliter la preuve en exigeant que notification fût faite à l'autre époux en présence de sept témoins.

Législation des empereurs chrétiens. — Chose curieuse ! malgré les principes nouveaux admis en matière de mariage par le christianisme, notamment sur l'indissolubilité du lien matrimo-

(1) Sur ces deux points, voir notre *Manuel de droit civil*, t. I.

nial, les empereurs chrétiens n'osèrent ni supprimer, ni limiter la faculté de divorce

Le divorce par consentement mutuel est maintenu ; un moment aboli par Justinien, mais rétabli par son successeur Justin II.

Quant au *repudium*, les empereurs chrétiens, notamment Justinien, se bornent à frapper de peines très sévères l'époux qui répudie son conjoint sans motif grave, et celui qui, par sa conduite, a motivé le divorce. Mais le mariage n'en est pas moins dissous.

§ 5. — Des unions autres que les justæ nuptiæ.

Enumération. — En dehors des *justæ nuptiæ*, d'autres unions étaient pratiquées à Rome : *a*) le concubinat ; *b*) le mariage du droit des gens ; *c*) le *contubernium*.

a) *Concubinat.*

Définition. — Le concubinat est une union d'ordre inférieur, qui n'élevait pas la femme à la condition sociale de son mari et qui ne faisait pas tomber les enfants sous la *patria potestas* de leur père.

Historique. — Longtemps le concubinat fut ignoré du droit civil. C'était un simple fait non réglementé. Le droit pénal seul s'en occupait, dans la loi Julia *de adulteriis*, pour l'exempter des peines qui frappaient l'adultère et le *stuprum* (relation passagère d'un homme avec une femme de condition honorable).

Sous le Bas-Empire, au contraire, le concubinat fut reconnu formellement. On l'appelle *inæquale conjugium* (mariage d'ordre inférieur) et on lui fait produire des effets juridiques.

Cas d'application pratique. — Le concubinat se rencontrait en pratique, au début, entre personnes privées du *connubium* d'une façon relative pour des raisons politiques. On prenait comme concubine une femme qu'on ne pouvait prendre comme *uxor*.

Au surplus on ne pouvait cumuler les *justæ nuptiæ* et le concubinat, avoir une concubine et une *uxor*, pas plus qu'on ne pouvait avoir deux concubines.

Effets du concubinat. — *Pour la femme.* — La femme était *concubina* et non *uxor* ; elle n'était pas élevée au rang de son conjoint. Au Bas Empire, on finit par lui reconnaître un droit de succession d'ailleurs très limité.

Pour les enfants. — Les enfants s'appellent *liberi naturales* et non *legitimi* ou *justi*. Ils suivent la condition de leur mère et naissent *sui juris*.

Le droit chrétien améliora leur condition : 1° en leur accordant un droit d'aliments et un droit de succession à l'égard de leur père ; 2° en autorisant leur légitimation.

Critérium de la distinction du mariage et des justæ nuptiæ. — *Position de la question.*— Le mariage *sine manu*, nous l'avons vu, n'exigeait pas plus de formalités pour sa formation que le concubinat. Alors, comment savoir si l'union d'un homme et d'une femme constituait un mariage ou un concubinat ?

Signes extérieurs du mariage. — Lorsqu'il y avait eu fiançailles, mariage religieux, constitution de dot, constatée par écrit (*instrumentum dotale*), aucun doute possible : il y avait mariage. Mais que décider en dehors de là ? Le mariage, disent les textes, ne diffère du concubinat que par l'intention du mari (*affectus maritalis*). Comment connaître cette intention ?

Présomptions établies. — Jusqu'à l'empereur Justin, on présume qu'il y a mariage ou concubinat, suivant que les personnes sont d'égale condition ou de condition différente. A partir de l'empereur Justin, on présume toujours le mariage.

b) *Mariage du droit des gens.*

Cas d'application. — On appelait mariage du droit des gens ou *matrimonium sine connubio* le mariage qui avait lieu entre personnes ne possédant pas toutes deux le *jus connubii*. Par exemple : entre un citoyen et un pérégrin ou entre deux pérégrins

Effets. — Ce mariage était réglementé par le droit des gens ou par le droit propre de la cité à laquelle appartenaient les époux.

c) *Contubernium*.

Définition. — Le *contubernium* est l'union de deux esclaves.

Effets. – C'est une pure union de fait, un simple accouplement sans effets juridiques.

*** CHAPITRE IV. — LA LÉGITIMATION.

Définition. — La légitimation est une institution qui a pour objet de faire tomber des enfants naturels sous la *patria potestas*

de leur père en transformant le concubinat en justes noces.

Origine historique. — Cette institution est inconnue à l'époque classique ; elle apparaît au Bas-Empire sous l'empereur Constantin (325 à 337) et elle fut développée par ses successeurs : Zénon (474 à 491), Anastase (491 à 518) et Justinien.

Trois procédés de légitimation. — La légitimation pouvait être réalisée par trois procédés :

1° Le mariage subséquent des père et mère ;

2° Le rescrit impérial ;

3° L'oblation à la curie.

§ 1. — Mariage subséquent.

Origine historique. — C'est Constantin, puis Zénon, qui autorisèrent successivement, par des mesures transitoires, de légitimer des enfants naturels par le mariage subséquent des père et mère. Mais cette institution ne visait que le présent et ne concernait pas l'avenir. C'est l'empereur Anastase qui fit du mariage subséquent un procédé normal et permanent de légitimation pour les enfants naturels.

Cette institution, un moment abolie par l'empereur Justin, fut remise en vigueur par Justinien avec quelques modifications de détail.

Conditions requises sous Justinien. — Trois conditions doivent être réunies pour qu'il y ait légitimation par mariage subséquent :

1° Il faut que le mariage fût légalement possible au moment de la conception de l'enfant. Donc, pas de légitimation pour les enfants adultérins ou incestueux.

2° Il faut qu'il y ait rédaction d'un *instrumentum dotale* ; pour qu'il y ait séparation bien nette entre le concubinat antérieur et les *justæ nuptiæ*.

3° Il faut qu'il n'y ait pas opposition de l'enfant.

§ 2. — Rescrit impérial.

Origine historique. — Ce mode de légitimation fut créé par Justinien, pour le cas où le mariage subséquent ne serait pas possible, notamment en raison du décès, de l'absence ou du mariage de la femme avec un autre que le père de l'enfant.

Forme. — Il fallait un rescrit de l'empereur, rendu à la demande du père.

Conditions de fond. — Il fallait :

1° Mariage possible au moment de la conception de l'enfant ;

2° Non opposition de la part de l'enfant ;

3° Absence d'enfants d'un autre mariage.

§ 3. — Oblation à la curie.

Origine historique. — Ce procédé de légitimation est dû à une constitution de Théodose II (408 à 450) et de Valentinien III (425 à 455), qui en fit une institution permanente avant que le mariage subséquent ne présentât ce caractère.

Forme et but. — Ce procédé consistait à destiner à la fonction de *curialis*, l'enfant qu'on voulait légitimer. Le but de cette institution était d'assurer le recrutement de la fonction de décurion, très onéreuse, parce qu'elle consistait principalement à garantir le recouvrement de l'impôt (1).

Condition particulière. — Comme condition particulière, il fallait que le *paterfamilias* donnât 25 arpents de terre à l'enfant, pour qu'il fût en mesure de faire face aux charges de sa fonction.

Effets limités. — La légitimation produisait dans ce cas des effets limités au père et à l'enfant. L'enfant restait étranger aux parents du père.

** CHAPITRE V. — L'ADOPTION.

Définition. — L'adoption est une institution qui a pour résultat de faire acquérir la *patria potestas* par un procédé artificiel organisé par la loi.

Différents buts possibles. — L'adoption pouvait être utilisée dans différents buts.

1° Pour un homme sans enfants, elle suppléait à la nature, en lui procurant un héritier de son nom, de sa fortune et de son culte privé.

2° Elle permettait de faire acquérir la *patria potestas* à un ascendant sur des descendants qui n'y étaient pas soumis, en rai-

(1) Voir les développements à cet égard dans notre *Manuel d'histoire du droit*, p. 11.

son des règles particulières d'organisation de la famille romaine (1).

3° Elle pouvait enfin réaliser un but politique : faire acquérir le droit de cité à un latin, transformer un plébéien en patricien, ou encore sous l'Empire, donner un successeur au prince régnant.

Différentes sortes d'adoption. — *Énumération.* — On distingue trois sortes d'adoption : l'adrogation, l'adoption proprement dite et l'adoption testamentaire.

Définition. — L'adrogation portait sur une personne *sui juris*.

L'adoption était relative à une personne *alieni juris*.

L'adoption testamentaire était faite par une personne sur le point de mourir, dans son testament.

Division du chapitre V. — Nous diviserons le chapitre V en trois paragraphes, suivis d'un appendice :

§ 1. — Conditions de forme de l'adrogation et de l'adoption.

§ 2. — Conditions de fond.

§ 3. — Effets.

Appendice. — De l'adoption testamentaire.

§ 1. — Conditions de forme de l'adrogation et de l'adoption.

Subdivision. — Nous étudierons :

a) Les conditions de forme de l'adrogation.

b) Les conditions de forme de l'adoption.

a) *Formes de l'adrogation.*

Trois formes successives. — L'adrogation a été soumise à trois formes successives :

D'abord, devant les comices par curies ;

Puis, devant trente licteurs ;

Enfin, par rescrit impérial.

1re forme : comices par curies. — *Exposé des formalités.* — Dans cette première forme, l'adrogation était soumise à une enquête faite par le collège des pontifes ; si l'enquête était favorable, les comices par curies étaient réunis. Le grand pontife demandait à l'adrogeant s'il voulait adroger, à l'adrogé s'il vou-

(1) Ainsi, faire tomber un enfant sous la *patria potestas* d'un ascendant maternel, donner en adoption à un fils émancipé ses propres enfants restés sous la puissance de leur grand-père ; ou inversement, donner en adoption à un grand-père les enfants que le fils émancipé a eus après son émancipation,

lait être adrogé et aux comices, s'ils autorisaient l'adrogation. Il y avait là une véritable loi, comme pour le testament.

Raison d'être de ces formes. — Une loi était nécessaire, parce que l'adrogation modifiait les règles générales de l'organisation de la famille.

Et on faisait intervenir le pouvoir religieux, en la personne des pontifes, parce que l adrogation avait pour résultat d éteindre un foyer, les *sacra privata* de l'adrogé.

2e forme : les trente licteurs. — A une époque indéterminée, les citoyens romains cessant de fréquenter les comices par curies, on cessa de les réunir et l'adrogation se fit désormais devant trente licteurs, substitués aux trente curies. Il n'y avait plus qu'un simulacre de vote.

3e forme : rescrit impérial. — A partir de Dioclétien, un rescrit impérial suffit pour réaliser l'adrogation.

** b) *Formes de l'adoption*.

Double résultat à atteindre. — Pour opérer l'adoption proprement dite, il fallait faire deux choses :

1° Eteindre la *patria potestas* de celui qui donnait l'enfant en adoption à un autre.

2° Faire naître la *patria potestas* chez le père adoptif.

Deux phases successives. — Pour atteindre ce résultat on opéra différemment : avant Justinien et à partir de Justinien.

1re phase ; Avant Justinien. — Le père qui voulait donner son fils en adoption procédait comme s'il voulait l'émanciper. Il vendait son fils trois fois à l'adoptant.

Celui-ci, après les deux premières ventes, affranchissait l'enfant, et après la troisième vente le revendait à son *paterfamilias* (1).

Alors — à la différence de ce qui se passait pour l'émancipation — le *paterfamilias* n'affranchissait pas son fils. Il se rendait avec l'adoptant devant le préteur. L adoptant réclamait l'enfant comme sien ; le *paterfamilias* n'y contredisait pas. Le magistrat constatait que l'adoptant avait bien sur lui la *patria potestas*.

(1) C'est du moins le procédé indiqué par Gaius, I, 134. Car généralement c'était à un comparse que le père vendait trois fois son fils ; et après la troisième vente c'était le comparse et l'adoptant qui se rendaient devant le magistrat pour la revendication fictive Le procédé de Gaius avait cet avantage de rendre inutile l'intervention d'un tiers. Tout se passait ainsi directement entre le *paterfamilias* et l'adoptant.

Pour un petit-fils ou une fille, une seule vente suffisait.

2e phase : Sous Justinien. — Les formes de l'adoption sont simplifiées. Il suffit d'une simple déclaration faite devant le magistrat par le *paterfamilias* et par l'adoptant.

§ 2. — Conditions de fond de l'adrogation et de l'adoption.

Subdivision. — Il faut étudier :

a) Les règles communes à l'adrogation et à l'adoption ;

b) Les règles spéciales à l'adrogation.

a) *Règles communes à l'adrogation et à l'adoption.*

Enumération. — Trois conditions étaient requises :

1° L'aptitude à acquérir la *patria potestas* chez l'adrogeant et chez l'adoptant ;

2° Une certaine différence d'âge entre les personnes ;

3° Un certain accord de volontés.

1° Aptitude à acquérir la patria potestas. — Il faut que l'adrogeant ou l'adoptant soit apte à acquérir et à exercer la *patria potestas* : Conséquences :

1° L'adoptant doit être un homme (1).

2° Il doit être citoyen romain.

2° Différence d'âge. — Comme l'adoption imite la nature, il faut qu'il y ait entre l'adoptant ou l'adrogeant et l'enfant une différence d'âge suffisante pour rendre la paternité vraisemblable. Justinien fixa cet âge à 18 ans.

3° Accord de volontés. — Pour l'adrogation, il faut l'accord de volonté de l'adrogeant et de l'adrogé ; pour l'adoption on exige : la volonté du *paterfamilias* et de l'adoptant, et au moins à partir de Justinien, la non-opposition de l'adopté.

On pouvait adopter quelqu'un pour son petit-fils en le donnant comme fils à l'un de ses enfants ; dans ce cas il fallait l'adhésion de ce fils ; en vertu de la règle qu'on ne peut pas avoir un héritier sien contre son gré.

b) *Règles particulières à l'adrogation.*

Deux ordres de règles. — L'adrogation était soumise à deux sortes de règles particulières : les unes relatives à l'adrogeant ; les autres relatives à l'adrogé.

(1) Cependant au commencement de l'Empire, la femme fut autorisée à adopter avec l'autorisation de l'empereur, pour engendrer des liens de parenté.

1° Règles particulières à l'adrogeant. — *Enumération.* — L'adrogeant doit remplir deux conditions : *a*) avoir soixante ans ; *b*) n'avoir pas d'enfants.

a) *Age de 60 ans.* — L'adrogeant doit avoir au moins 60 ans ; parce qu'on veut qu'avant cet âge l'homme cherche dans le mariage la source de la paternité.

b) *Absence d'enfants.* — L'adrogeant ne doit pas avoir d'enfants, ni légitimes, ni adoptifs, afin de ne pas nuire à leurs intérêts successoraux.

2° Incapacités venant de l'adrogé. — Pendant longtemps l'adrogation des femmes et des impubères fut interdite ; parce qu'ils ne pouvaient entrer dans les comices par curies.

L'interdiction des impubères fut levée par Antonin le Pieux (138 à 161) ; celle des femmes par Dioclétien (284 à 293).

Adrogation des impubères depuis Antonin le Pieux. — *Conditions spéciales.* — A partir d'Antonin le Pieux l'adrogation de l'impubère devint possible avec l'autorisation de son tuteur, et après une enquête du pontife qui devait rechercher si l'adrogation était utile pour l'enfant.

Mesures prises dans l'intérêt de ses héritiers présomptifs. — Dans l'intérêt des agnats de l'impubère, qui allaient être frustrés par l'adrogation, l'adrogeant dut s'engager à leur restituer les biens qu'il aurait acquis de l'impubère si ce dernier mourait avant d'avoir atteint l'âge de la puberté.

Mesures prises dans l'intérêt de l'impubère. — Dans l'intérêt de l'impubère on décide que, dans le cas où il serait émancipé, sans motif légitime, par l'adrogeant, il aurait droit, à la mort de ce dernier : 1° de reprendre les biens qu'il avait apportés ; 2° le quart de la part qu'il aurait eue dans la succession de l'adrogeant, sans cette émancipation. C'était la « quarte Antonine », ainsi appelée du nom de son créateur Antonin le Pieux.

§ 3. — **Effets de l'adrogation et de l'adoption.

Subdivision. — Nous étudierons :
a) Les effets de l'adrogation ;
b) Les effets de l'adoption.

*a) *Effets de l'adrogation.*

Deminutio capitis minima pour l'adrogé. — L'effet essentiel de l'adrogation était de faire subir à l'adrogé une *deminutio capi-*

tis minima. Son *status libertatis* et son *status civitatis* restaient intacts. Mais, il perdait son *status familiae*, en changeant de famille.

De *sui juris* qu'il était auparavant, il devenait *alieni juris*, sous la *patria potestas* de l'adrogeant.

Conséquence quant aux biens. — Les biens que l'adrogé possédait au moment de l'adrogation étaient acquis en bloc par l'adrogeant, comme les biens de la femme devenaient la propriété du mari, au cas de *conventio in manum*.

Conséquence quant à la famille de l'adrogé. — Si l'adrogé était marié et avait sous sa puissance femme et enfants, tous passaient sous la *patria potestas* de l'adrogeant.

b) *Effets de l'adoption.*

Sous-distinction. — Il faut distinguer l'époque antérieure et l'époque de Justinien.

α) *Époque antérieure à Justinien.*

Effet principal. — L'effet principal de l'adoption était de faire passer l'adopté de la famille où il se trouvait au moment de l'adoption dans la famille de l'adoptant en le plaçant sous sa *patria potestas*.

Conséquence logique. — Il perdait tout droit de succession dans sa première famille pour en acquérir dans la nouvelle.

Remarque. — Si l'adopté est marié et a femme *in manu* et enfants, l'adoption — à la différence de l'adrogation — ne produit d'effets que pour lui et non pour eux ; ils restent sous la *patria potestas* de son ancien *paterfamilias*. En sorte que désormais ils font partie de deux *domus* différentes.

Danger couru par l'adopté. — L'adopté était exposé au danger de ne rien recueillir ni dans l'une ni dans l'autre famille au point de vue successoral dans le cas suivant. Son père légitime était mort, son père adoptif l'émancipait (1). Il n'avait rien recueilli dans la succession de son père légitime, même d'après le droit prétorien, puisqu'à ce moment il était dans sa famille adoptive, et l'émancipation lui faisait perdre tout droit dans la suc-

(1) Lorsqu'il était émancipé par l'adoptant avant la mort de son père légitime le droit prétorien lui permettait de venir comme un émancipé ordinaire recueillir une part de la succession de son père légitime quand celui-ci mourait.

cession de son père adoptif, sans remède possible d'après le droit prétorien puisqu'il n'était pas cognat de l'adoptant.

β) *Réformes de Justinien.*

Distinction. — C'est pour éviter cet inconvénient que Justinien a distingué deux sortes d'adoption : 1° celle qui est faite par un *non extraneus*, qui est *plena* ; 2° celle qui faite par un *extraneus*, qui est *minus plena*.

Adoption faite par un non extraneus. — *Qu'est-ce qu'un non extraneus* ? — Est *non extraneus*, un ascendant. Exemple : un fils émancipé donne à son grand-père en adoption un enfant qu'il a eu après son émancipation ; ou inversement un grand-père qui a émancipé son fils lui donne ensuite en adoption le propre fils de celui-ci — son petit-fils — qu'il avait gardé sous sa puissance.

Adoptio plena. — Dans ce cas l'*adoptio* est *plena*. C'est à-dire qu'elle conserve tous ses effets antérieurs. Elle fait passer l'adopté d'une famille dans l'autre. Dans ce cas, il n'y a pas d'inconvénient parce que, si l'enfant est émancipé par l'adoptant après la mort de son *paterfamilias* originaire, il viendra tout de même à sa succession comme cognat.

Adoption faite par un extraneus. — *Adoption minus plena.* — Au contraire, lorsque l'adoptant n'était pas un ascendant, l'*adoptio* était *minus plena*, parce qu'elle ne faisait plus acquérir à l'adoptant la *patria potestas* sur l'adopté, qui restait dans sa famille originaire. Il acquérait seulement des droits de succession dans sa famille adoptive.

Appendice. — Adoption testamentaire. — *Définition.* — C'est une adrogation faite par testament.

Exemple fameux : l'adoption d'Octave par J. César.

Forme. — C'était la forme du testament devant les comices par curies.

Effets. — Comme il ne produisait ses effets qu'après la mort de l'adoptant il n'entraînait pas pour lui acquisition de la *patria potestas*, mais à tous autres points de vue elle produisait tous les effets de l'adrogation ordinaire.

APPENDICE. — LE MANCIPIUM.

Définition. — C'est un pouvoir qu'un homme libre exerce sur un autre homme libre.

Causes. — Le *mancipium* pouvait, comme la *manus*, être établi d'une façon durable, ou bien *fiduciæ causas*, pour atteindre un autre but, tel que l'émancipation ou l'adoption d'un enfant.

D'une façon durable, le *mancipium* pouvait être constitué quand un père vendait son fils à Rome pour en tirer profit, ou bien abandonnait son fils *noxali causa*, à la victime d'un délit commis par ce fils, pour n'avoir pas à le réparer.

Condition de l'individu in mancipio. — *Ressemblance avec l'esclave.* — L'individu *in mancipio* était dans une situation voisine de l'esclave ; les textes disent qu'il était *loco servi*.

En conséquence : il était *alieni juris* et servait d'instrument d'acquisition pour son maître. Le maître pouvait le faire travailler, pouvait le vendre comme un esclave.

Cette situation cessait par l'affranchissement *censu*, *vindicta* ou *testamento*.

Différence avec l'esclave. — Cependant, la personne *in mancipio* conserve son *status libertatis* et *civitatis*. De telle sorte que, quand elle était soustraite à ce pouvoir, elle restait ingénue et n'était pas affranchie. Enfin, dans certains cas, elle pouvait réclamer sa libération.

Notamment, au cas d'abandon noxal, lorsque par son travail elle a racheté sa faute.

Disparition du mancipium. — Le *mancipium* disparaît sous Justinien. Il en supprime la dernière cause en abolissant l'abandon noxal des fils de famille.

SECTION V. — LA PROTECTION DES INCAPABLES

De l'incapacité de fait. — Une personne pourvue de la pleine capacité juridique, possédant les trois éléments qui font la personne complète, *status libertatis*, *status civitatis*, *status familiæ*, pouvait n'être pas en mesure de faire valoir par elle-même les droits qui lui étaient reconnus par la loi. Trois causes pouvaient y mettre obstacle : l'âge, l'altération des facultés mentales ou le sexe. Il y avait alors incapacité de fait donnant lieu, suivant les cas, à tutelle ou à curatelle.

** **Evolution historique de la tutelle et de la curatelle**. — *Caractère primitif.* — Au début, la tutelle et la curatelle sont des

potestates organisées sur le modèle de la *patria potestas*. Elles sont établies dans un sentiment de défiance pour l'incapable, et dans l'intérêt de ceux qui les exercent tuteur ou curateur. Le but poursuivi est d'empêcher l'incapable de dilapider la fortune qu'il tient des ancêtres et qui doit revenir à la famille agnatique, et la protection est établie dans l'intérêt de ses héritiers présomptifs. C'est un droit pour eux et non une charge génératrice d'obligations.

Caractère définitif. — Cette conception ancienne tendit peu à peu à s'effacer avec le relâchement des liens de famille et avec le progrès du droit. Peu à peu, cette idée nouvelle se fit jour et s'imposa que la tutelle et la curatelle doivent être organisées dans l'intérêt de l'incapable lui-même auquel la société doit sa protection la plus large. Il en résulta tout un système d'obligations nouvelles mises à la charge du tuteur et du curateur et de garanties constituées dans l'intérêt de l'incapable.

Personnes en tutelle et en curatelle. — *Tutelle.* — Etaient en tutelle à Rome :

1° Les impubères des deux sexes.

2° Les femmes pubères en tutelle perpétuelle.

Curatelle. — Etaient en curatelle à Rome :

1° Les fous ;

2° Les prodigues ;

3° Les mineurs de vingt-cinq ans.

Remarque. — 1° Toutes ces personnes devaient être *sui juris*. Ces deux institutions ne pouvaient, en effet, recevoir aucune application à l'égard des personnes *alieni juris*, puisqu'elles n'avaient pas de patrimoine.

2° Quelle différence y avait-il entre la tutelle et la curatelle ? Cette question doit être renvoyée à la fin de notre étude ; parce que c'est à ce moment seulement qu'on peut bien en comprendre la solution.

Division de la section V^e. — Nous diviserons la section V^e en cinq chapitres et un appendice.

Chapitre Ier. — Tutelle des impubères.

Chapitre II. — Tutelle perpétuelle des femmes.

Chapitre III. — Curatelle des prodigues.

Chapitre IV. — Curatelle des fous.

Chapitre V. — Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans.

Appendice : Comparaison de la tutelle et de la curatelle.

CHAPITRE PREMIER. — TUTELLE DES IMPUBÈRES.

Définition. — D'après une définition célèbre de Servius Sulpicius, reproduite par Justinien dans ses Institutes (I, XIII, 1), la tutelle est une puissance établie sur une personne libre, constituée et autorisée par le droit civil, pour protéger celui qui, en raison de son âge, ne peut se défendre lui-même. « *Vis ac potestas, in capite libero, ad tuendum eum, qui, propter ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa* ».

Caractère juridique. — Cette définition de la tutelle n'est pas vraie pour l'époque primitive. A ce moment, ce n'est pas dans l'intérêt de l'enfant que cette puissance est établie, mais dans l'intérêt de la famille, pour sauvegarder la conservation des biens en faveur de ses héritiers présomptifs. Ce n'est que plus tard, vers la fin de la République que la tutelle change de caractère et devient réellement une institution destinée à protéger celui qui y est soumis et une charge véritable (*onus*) et non plus un droit pour le tuteur qui l'exerce.

Personnes soumises à la tutelle. — Ce sont les impubères des deux sexes *sui juris*. Or nous savons que pour les filles on admit de bonne heure un âge fixe, 12 ans, comme limite de l'impuberté. Pour les garçons, au contraire, les Sabiniens voulaient maintenir l'ancienne règle faisant dépendre la puberté d'un examen physique, *ex habitu corporis*, tandis que les Proculiens avaient proposé une limite invariable fixée à 14 ans. C'est seulement sous Justinien que cette dernière opinion l'emporta définitivement.

L'impubère en tutelle s'appelait pupille.

Ouverture de la tutelle. — La tutelle s'ouvrait toutes les fois qu'un acte quelconque rendait un impubère *sui juris*. Normalement, c'était la mort du *paterfamilias* ou l'émancipation d'un enfant en état d'impuberté.

Division du chapitre Ier. — Nous étudierons successivement :

§ 1. — La désignation du tuteur.
§ 2. — Fonction du tuteur.
§ 3. — Etendue de ses pouvoirs.
§ 4. — Incapacité du pupille.
§ 5. — Obligations du tuteur, actions et garanties du pupille.
§ 6. — Fin de la tutelle.

§ 1. — Désignation du tuteur.

Evolution historique. — La désignation du tuteur, qu'on appelle aussi délation de la tutelle, a été d'abord l'œuvre de la loi comme pour la succession. Puis, on a autorisé le *paterfamilias* à désigner un tuteur à l'impubère dans son testament ; et de même que pour la dévolution des biens, la tutelle testamentaire prit bientôt le pas sur la tutelle légitime. Un peu plus tard, le droit fut reconnu au magistrat de nommer le tuteur.

a) *Tutelle testamentaire.*

Conditions requises. — *Qui peut désigner un tuteur ?* — Le *paterfamilias* seul peut désigner un tuteur à son enfant. C'est un attribut de sa *potestas*.

Forme de la désignation. — La nomination du tuteur devait être faite dans le testament, en termes impératifs, et après l'institution d'héritier.

Sanction. — Faite par toute autre personne ou dans une forme irrégulière, la désignation du tuteur était nulle.

Tempéraments successifs. — En raison de la faveur qui s'attachait au tuteur testamentaire, choisi en pleine connaissance de cause, on finit par se départir de la rigueur des anciennes règles pour sa désignation. On admit que sous réserve de la confirmation du magistrat, il y avait lieu de reconnaître comme valable : la désignation d'un tuteur contenue dans un testament nul en la forme, celle qui émanait d'un père naturel ou de la mère.

b) *Tutelle légitime.*

Principe de délation. — D'après la loi, est tuteur l'héritier présomptif du pupille, par application de la règle « *ubi emolumentum successionis ibi tutelæ onus esse debet* ». La charge de la tutelle doit être là où est le profit de la succession.

Principe très pratique ; l'héritier présomptif ayant, plus que tout autre, intérêt à la bonne gestion des biens qui devait lui revenir à un moment donné.

Applications du principe. — Par application de ce principe la tutelle appartenait aux agnats les plus proches du pupille, et à défaut, aux gentiles (Loi des XII tables).

A l'égard d'un affranchi impubère, la tutelle était dévolue à son patron. A l'égard d'un enfant émancipé avant l'âge de la puberté,

la tutelle appartenait à l'auteur de l'émancipation ou à ses descendants ; on l'appelait alors tutelle fiduciaire, par allusion au contrat de fiducie ; sauf dans le cas où c'était le père ; par déférence on le désignait sous le nom de tuteur légitime.

c) *Tutelle déférée par le magistrat.*

Origine historique. — Longtemps, lorsqu'il n'y avait ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime, l'impubère n'avait pas de tuteur. Cette lacune fut comblée :

1° Pour Rome et l'Italie, par la loi *Atilia*, de date indéterminée, vraisemblablement postérieure à 387 et antérieure à 568 de Rome.

2° Pour les provinces, par deux lois Julia et Titia, de date inconnue, vers la fin de la République.

Magistrats compétents. — *Modifications fréquentes.* — La compétence des magistrats en matière de tutelle a beaucoup varié. D'abord ce furent le préteur urbain et les tribuns de la plèbe.

Puis sous Claude, le Consul.

Sous Marc Aurèle, un préteur spécial, *Proetor tutelaris*. Enfin, sous Justinien les magistrats municipaux pour les pupilles de condition pauvre et les magistrats supérieurs pour les pupilles fortunés.

** § 2. — Fonctions du tuteur.

Quant à la personne physique du pupille. — Le tuteur romain n'avait pas à s'occuper de la personne physique du pupille. La garde en était confiée par le magistrat à la mère ou à un autre parent. On avait pensé qu'il eût été trop dangereux d'en charger le tuteur, son héritier présomptif, trop directement intéressé à sa mort.

Quant au patrimoine du pupille. — *Deux façons d'opérer.* — Relativement aux intérêts pécuniaires du pupille le tuteur avait deux façons d'opérer :

Ou bien le tuteur fait figurer le pupille en personne dans l'acte en l'assistant ; c'est le procédé de l'*auctoritas*.

Ou bien le tuteur agit seul, comme gérant d'affaire du pupille et sans le faire intervenir en personne dans l'acte, c'est le procédé de la *negotiorum gestio*.

*** **De l'auctoritas tutoris.** — *Définition.* — C'est le complément de personnalité que le tuteur procure au pupille en l'assistant dans les actes juridiques.

Le mot *auctoritas* vient de *augere*, augmenter ; le tuteur par sa présence augmentait, complétait la personne insuffisante du pupille.

C'était la fonction principale, essentielle du pupille.

Formes de l'auctoritas. — L'*auctoritas tutoris* comportait certaines conditions :

1° Elle devait être donnée au moment même de l'acte, ni avant, ni après.

2° Elle supposait la présence effective, au même endroit, du tuteur, du pupille et du tiers contractant.

3° Elle comportait vraisemblablement au début, l'échange de paroles sacramentelles. Le tiers qui traitait avec le pupille s'adressant au tuteur lui disait « *Auctorne fis* » donnes-tu ton *auctoritas* ? Le tuteur répondait : oui « *auctor fio* ».

Effets de l'acte accompli. — Quand un acte était accompli par le pupille avec *auctoritas tutoris* c'était en la personne même du pupille que l'acte produisait directement ses effets. C'était lui qui devenait créancier, débiteur ou propriétaire, suivant les cas.

De la negotiorum gestio. — *Définition*. — La *negotiorum gestio* consistait pour le tuteur à faire un acte pour le pupille sans l'y faire intervenir en personne.

Effets de l'acte accompli. — Dans ce cas, c'était en la personne du tuteur que l'acte produisait ses effets. C'est lui qui devenait créancier, débiteur ou propriétaire, sauf à faire ensuite passer le bénéfice ou la charge de l'acte dans le patrimoine du pupille. C'était la conséquence de cette règle romaine que le mandataire ne représente pas le mandant comme aujourd'hui.

Champ d'application de ces deux procédés. — *Position de la question*. — Le tuteur avait-il le droit de choisir entre ces deux procédés ? pouvait-il à sa fantaisie recourir à l'*auctoritas* ou à la *negotiorum gestio* ?

Cas où la negotiorum gestio s'imposait. — Le procédé de la *negotiorum gestio* s'imposait dans un cas, lorsque le pupille était *infans*. Il ne pouvait pas alors figurer dans un acte avec l'*auctoritas tutoris*. Le tuteur agissait à sa place.

Sous Justinien on était *infans* jusqu'à sept ans. Le point est certain. Avant Justinien, on discute. Les uns pensent que cette solution était déjà vraie. D'après d'autres, le mot *infans*, doit être entendu dans son sens étymologique (*in fari*, ne pas parler), l'*infans* est celui qui ne peut articuler des sons. L'*infantia* aurait cessé à un moment indéterminé de l'existence de l'enfant.

Cas où l'auctoritas tutoris s'imposait. — Il y avait un cas où l'*auctoritas tutoris* s'imposait, c'était lorsque l'acte à accomplir ne pouvait pas être fait par mandataire, en raison de son caractère solennel. Il en était ainsi pour la *mancipatio*, l'affranchissement, l'adition d'hérédité.

Alors, se pose cette question : comment accomplir un de ces actes solennels lorsqu'il intéressait un pupille *infans* ?

On tournait la difficulté d'une façon élégante. Au lieu d'employer la forme solennelle, qui impliquait la présence de l'intéressé lui-même dans l'acte, le tuteur faisait un acte analogue, non solennel, susceptible d'être accompli par mandataire.

Ainsi, on faisait une tradition au lieu d'une *mancipatio*.

** § 3. — Etendue des pouvoirs du tuteur.

Ancien droit. — *Principe.* — Longtemps, les pouvoirs du tuteur sur les biens du pupille furent illimités ; on disait du tuteur qu'il était comme propriétaire des biens du pupille : *loco domini habetur*.

Tempéraments. — Cependant, même alors, trois restrictions furent apportées aux pouvoirs du tuteur :

1° En ce qui concerne les donations ;

2° Pour les actes qui intéressent à la fois le tuteur et le pupille ;

3° Pour les actes faits par le tuteur de mauvaise foi. Le pupille pouvait les faire annuler.

Réformes du droit prétorien. — Le préteur apporta une grave atteinte aux pouvoirs du tuteur en permettant au pupille de faire tomber les actes faits par le tuteur par le procédé de l'*in integrum restitutio*, dont nous aurons à parler plus loin à l'occasion des mineurs de vingt-cinq ans, en démontrant que les actes lui avaient causé une lésion.

** **Réformes du droit impérial.** — *Oratio Severi* (an 195). — Sous Septime Sévère un sénatus-consulte, connu sous le nom d'*oratio Severi*, interdit au tuteur d'aliéner les *prædia rustica vel suburbana* (1) du pupille, sauf certaines exceptions limitativement déterminées.

(1) C'est-à-dire les immeubles ruraux et les immeubles situés dans les faubourgs des villes.

Extension de Constantin. — Constantin étendit la prohibition aux *prædia urbana* (immeubles urbains) et aux meubles précieux.

** § 4. — Incapacité du pupille.

Distinction. — Pour déterminer, au point de vue civil, l'étendue de l'incapacité du pupille il faut distinguer dans l'impuberté deux grandes périodes : celle de l'*infantia*, celle qui va au delà de l'*infantia*, jusqu'à la puberté.

1re Période : Pupille infans. — *Limites de l'infantia.* — Nous avons déjà dit que sous Justinien l'*infantia* cessait à sept ans. Mais, avant Justinien, il y a controverse : les uns prétendent que déjà cette solution était admise ; les autres disent qu'avant Justinien la fin de l'*infantia* était indéterminée ; c'était le moment où l'enfant pouvait articuler des sons, en prenant le terme *infans* dans son sens étymologique (*in fari*).

Incapacité absolue de l'infans. — L'*infans* est tout à fait incapable. Les textes l'assimilent au fou.

Il ne peut faire aucun acte par lui-même, même avec l'*auctoritas tutoris*.

2e Période : Pupille sorti de l'infantia. — *Formule générale.* — Le pupille sorti de l'*infantia* pouvait seul rendre sa condition meilleure. Mais il ne pouvait pas la rendre pire sans l'*auctoritas tutoris*.

Explication. — Rendre sa condition meilleure ce n'est pas faire une affaire avantageuse et rendre sa condition pire faire une affaire mauvaise. On se préoccupait, non du résultat matériel, économique de l'acte, mais de son effet juridique.

Rendre sa condition meilleure, c'est : acquérir, devenir créancier, cesser d'être débiteur.

Rendre sa condition pire, c'est aliéner, devenir débiteur, cesser d'être créancier.

Applications. — 1° Le pupille ne pouvait pas recevoir seul un paiement valable ; sans doute, c'est là une bonne affaire, mais par là il cesse d'être créancier.

2° Lorsque le pupille faisait un contrat synallagmatique, par exemple une vente, rigoureusement, il devenait créancier de l'acheteur pour le prix sans devenir débiteur de la chose vendue. Mais le préteur trouva ce résultat inique, et par des moyens détournés de procédure il arrivait à donner satisfaction à l'équité

en supprimant l'opération de part et d'autre ou en la faisant exécuter des deux côtés.

Distinction particulière au droit pénal. — Au point de vue pénal, la période de l'impuberté qui s'étendait au delà de l'*infantia* se distinguait elle-même en deux parties.

Il y avait le *proximus infantiæ* et le *proximus pubertatis* ; c'est-à-dire celui qui était le plus près de l'*infantia* et celui qui était le plus près de la puberté. L'intérêt de cette distinction c'est que le *proximus infantiæ* ne s'obligeait pas par ses délits à la différence du *proximus pubertatis*. D'ailleurs, la distinction ne correspondait pas à un âge déterminé ; c'était en fait, suivant le développement des facultés de l'impubère, qu'on voyait dans quelle catégorie il se plaçait.

§ 3. — Obligations du tuteur et garanties du pupille.

Droit primitif. — Dans le droit primitif le devoir du tuteur de bien gérer et de restituer les biens du pupille à la fin de la tutelle relevait de la morale et des mœurs ; mais n'était aucunement sanctionné par la loi.

Loi des XII tables. — *Deux garanties.* — La loi des XII tables établit au profit du pupille deux garanties précieuses contre la fraude du tuteur : le *crimen suspecti tutoris* et l'*actio de rationibus distrahendis*.

Crimen suspecti tutoris. — Cette action, ouverte à tous, sauf au pupille lui-même, a pour effet de mettre fin à la tutelle lorsque la tutelle compromet la fortune du pupille par sa fraude ou par des maladresses grossières.

Actio de rationibus distrahendis. — C'est une action au double, ayant un caractère pénal, donnée au pupille contre le tuteur, pour obtenir la restitution de valeurs que le tuteur avait détournées.

Réformes du préteur. — *Deux garanties nouvelles.* — En dehors de la *restitutio in integrum* dont nous avons parlé plus haut, qui permet au pupille de faire annuler les actes du tuteur qui lui causent une lésion, le préteur lui accorde deux nouvelles garanties : l'*actio negotiorum gestorum* et la *cautio rem pupilli salvam fore*.

Actio negotiorum gestorum. — Le Préteur assimile le tuteur qui a géré les biens du pupille à un gérant d'affaires et accorde à ce dernier une action contre son tuteur en cas de faute commise dans cette gestion. C'était un progrès ; puisque jusque-là le

pupille ne pouvait se plaindre qu'au cas de fraude commise à son détriment.

Cautio rem pupilli salvam fore. — Bien plus, il contraignit le tuteur (1) au moment d'entrer en charge à s'engager par un contrat de stipulation à bien gérer les affaires du pupille et à lui restituer ses biens à la fin de la tutelle (*rem pupilli salvam fore*). Cet engagement devait être garanti par des fidéjusseurs fournis par le tuteur.

Fin de la République. — Actio tutelæ. — Vers la fin de la République, au VII[e] siècle de Rome, fut créée l'*actio tutelæ* qui est à double tranchant.

Comme *actio directa*, elle appartient au pupille et lui permet de se faire restituer ses biens par le tuteur à la fin de la tutelle et de se faire indemniser par lui pour les fautes commises dans son administration et qu'il n'aurait pas commises dans la gestion de son propre patrimoine.

Comme *actio contraria*, elle est donnée au tuteur contre le pupille pour les avances qu'il a pu lui faire.

Réformes du droit impérial. — *Obligation pour le tuteur de gérer.* — Par suite des réformes précédentes, le tuteur était responsable des fautes qu'il avait commises dans la gestion du patrimoine du pupille. Mais il n'était pas tenu de gérer. Il restait à mettre cette obligation à sa charge en le rendant responsable de son inaction ; ce fut l'œuvre du droit impérial ; mais il s'y prit à deux fois pour y arriver.

Progrès réalisé sous l'empereur Claude. — Sous l'empereur Claude, au cas d'inaction du tuteur, les parents du pupille pouvaient l'assigner devant les consuls. Les consuls décidaient que le tuteur engageait sa responsabilité en n'administrant pas (*cessare suo periculo*).

Progrès réalisé sous l'empereur Marc-Aurèle. — Marc-Aurèle alla plus loin et décida que de plein droit, sans intervention des consuls, le tuteur serait responsable de son défaut de gestion à partir du moment où il aurait eu connaissance de sa nomination.

Garanties spéciales accordées au pupille. — Enfin, comme garanties particulières, on obligea indirectement (2) le tuteur à

(1) Seulement le tuteur légitime et le tuteur nommé sans enquête par le magistrat.

(2) En ce sens qu'en cas de défaut d'inventaire le pupille est cru sur son serment quant à la consistance de sa fortune.

faire dresser inventaire des biens de la succession au début de la tutelle.

On lui accorde un privilège : qui lui permet de passer avant les créanciers chirographaires, mais non hypothécaires du tuteur.

Un sénatus-consulte rendu sous Trajan accorde contre les magistrats municipaux une *actio* subsidiaire, dans le cas où le tuteur et ses fidéjusseurs seraient insolvables.

Enfin, sous Constantin, une hypothèque légale est accordée au pupille sur tous les biens du tuteur.

Résumé : Dernier état du droit. — *Obligations du tuteur.* — Dans le dernier état du droit romain le tuteur a comme aujourd'hui des obligations avant, pendant et après la tutelle.

Obligations en entrant en charge. — Il doit :

1° Faire inventaire des biens du pupille ;

2° S'engager par un contrat de stipulation, en fournissant des fidéjusseurs, de bien gérer. Cette obligation n'incombait qu'aux tuteurs légitimes et aux tuteurs nommés sans enquête.

Obligation pendant la gestion. — Le tuteur était tenu de gérer en bon père de famille les biens du pupille.

Obligation à la fin de la tutelle. — Il devait rendre compte et restituer les biens du pupille.

Actions appartenant au pupille contre le tuteur à la fin de la tutelle. — Le pupille avait les actions suivantes :

1° L'*actio directa tutelæ*.

2° L'*actio de rationibus distrahendis*, en cas de détournement et de fraude.

3° L'*actio ex stipulatu*, résultant du contrat de stipulation, contre le tuteur et ses fidéjusseurs.

4° L'*actio subsidiaria* contre les magistrats municipaux.

§ 6. — Causes mettant fin à la tutelle.

Deux sortes de causes. — La tutelle pouvait prendre fin par des causes propres au pupille ou par des causes propres au tuteur. Dans ce dernier cas, il y avait plutôt changement de tuteur que cessation de la tutelle elle-même.

Causes venant du pupille. — Du chef du pupille la tutelle pouvait cesser :

1° Quand il arrivait à l'âge de la puberté, au moins pour le garçon, c'est-à-dire dans le système définitif à 14 ans.

2° Quand il perdait la liberté ou le droit de cité ou devenait *alieni juris* par une adrogation ou une *conventio in manum*.

3° Quand il mourait.

Causes venant du tuteur. — La tutelle cessait du chef du tuteur :

1° Par la perte de la liberté ou de la cité ;

2° Par sa mort ;

3° Par son exclusion de la tutelle, à la suite du *crimen suspecti*.

4° Par une excuse qu'il avait fait agréer.

CHAPITRE II. — TUTELLE PERPÉTUELLE DES FEMMES.

Caractère juridique. — Les femmes pubères étaient placées en tutelle perpétuelle à Rome, en raison de leur inexpérience des affaires et de leur légèreté naturelle d'esprit. Cette tutelle était établie non dans l'intérêt de la femme elle-même, mais par sentiment de défiance contre elle, dans l'intérêt de la famille agnatique, pour empêcher qu'elle ne dissipât les biens qu'elle tenait des parents paternels.

Désignation du tuteur. — Comme pour l'impubère, il y avait trois sortes de tutelles : la tutelle testamentaire, la tutelle légitime, la tutelle déférée par le magistrat.

Etendue de l'incapacité de la femme. — L'incapacité de la femme n'est pas absolue. Elle n'existe que pour certains actes ; ceux que l'on considérait comme étant de nature à compromettre le plus les intérêts de la famille agnatique. C'était : l'aliénation d'une *res mancipi*, la *conventio in manum*, l'obligation, le testament. Pour ces actes la femme ne pouvait agir qu'avec l'*auctoritas tutoris*.

Disparition de la tutelle des femmes. — La tutelle des femmes ne devait pas survivre au relâchement des liens de la famille patriarcale. Elle subit une série d'atteintes successives et tomba ensuite tout à fait en désuétude.

Sous Claude, la tutelle légitime fut supprimée. A partir de ce moment la tutelle cesse d'être sérieuse, le tuteur donnant son *auctoritas* pour la forme ou étant contraint par le magistrat de la donner.

Au commencement de l'Empire, les femmes qui avaient le *jus liborerum* furent dispensées de la tutelle : pour l'avoir, il suffisait,

pour une ingénue d'avoir trois enfants, et pour une affranchie d'avoir quatre enfants.

La tutelle disparut complètement le jour où le *jus liberorum* fut accordé à toutes les femmes par Théodose et Honorius (410).

CHAPITRE III. — CURATELLE DES FOUS.

Deux classes de fous. — On distingue à Rome deux classes de fous : le *furiosus* et le *mente captus*.

D'après l'opinion commune (1), le *furiosus* est celui qui a des intervalles lucides ; le *mente captus* celui qui n'en a pas, c'est l'idiot.

Ancien droit. — A l'époque de la loi des XII tables, le *furiosus* seul était pourvu d'un curateur et non le *mente captus*. Et pour le *furiosus* il n'existait que la curatelle légitime, en faveur des agnats et des gentiles. C'était, en effet, dans leur intérêt que cette institution était organisée.

Progrès réalisés. — En cette matière le progrès du droit a été double :

D'une part, on a pourvu d'un curateur le *mente captus*.

D'autre part, pour le *mente captus*, comme pour le *furiosus*, on a organisé la curatelle, non plus dans l'intérêt de la famille, mais dans l'intérêt et pour la protection de l'incapable lui-même Dès lors, à côté de la curatelle légitime, on admit la curatelle testamentaire et la curatelle déférée par le magistrat.

Etendue de l'incapacité du fou. — Le *mente captus* est incapable d'une façon absolue de faire par lui-même aucun acte.

Le *furiosus* était incapable de même dans les intervalles non lucides ; mais il était complètement capable dans les intervalles lucides.

Du curateur du fou. — *Son rôle.* — Le curateur du fou est de gérer en son lieu et place Jamais il ne fait intervenir le fou dans les actes pour l'assister, comme le tuteur assiste le pupille en lui fournissant l'*auctoritas*. Car, ou bien le fou est dans un moment de lucidité, il est complètement capable, et il peut agir seul. Ou bien le fou est dans un moment de folie et il est

(1) Cette opinion a été combattue par M. Audibert (*La folie et la prodigalité en droit romain*). Pour le savant professeur le *furiosus* serait le fou ordinaire et le *mente captus* le monomane.

complètement incapable et doit être remplacé par son curateur.

Ses pouvoirs. — Ses pouvoirs ont été restreints comme ceux du tuteur, notamment par l'*oratio Severi* de l'an 195 aggravée par Constantin.

Sa responsabilité. — Le curateur est responsable de sa gestion comme un gérant d'affaires. Le tuteur ou ses héritiers ont contre lui l'*actio negotiorum gestorum directa* pour l'obliger à rendre ses comptes.

Comparaison avec le droit français. — Le droit romain diffère du droit français en ce qui concerne la protection des fous à deux points de vue :

1° Le fou en droit romain est en curatelle, en droit français il est en tutelle ; cette différence réside plutôt dans les termes que dans le fond, le curateur romain ayant pour fonction de gérer comme le tuteur français.

2° En droit romain on fait la distinction des intervalles lucides et des intervalles non lucides, et on admet la pleine capacité du fou dans ses intervalles lucides. Aujourd'hui, au contraire, cette distinction est catégoriquement repoussée par l'article 502 du Code civil déclarant nuls de droit les actes faits par le fou à partir du jugement d'interdiction, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il es a faits dans un intervalle lucide ou non lucide.

***CHAPITRE IV. — CURATELLE DU PRODIGUE.

Ancien droit. — *Définition.* — Dans sa notion primitive le prodigue était la personne *sui juris* qui dissipait les biens qu'il avait reçus par succession *ab intestat* de ses parents paternels (*bona paterna avitaque*).

Organisation de la curatelle. — La curatelle était organisée non dans l'intérêt du prodigue lui-même, mais dans l'intérêt de sa famille agnatique. De sorte qu'à défaut d'agnats et de gentiles, aucune curatelle n'existait.

Commencement et fin de la curatelle. — La mise en curatelle du prodigue résultait d'un décret d'interdiction. D'après les uns, ce décret d'interdiction aurait été, avant la création du préteur, prononcé par la *gens* (1).

(1) Dans ce sens : Cuq, *op. cit.*; May, *op. cit.*, p. 143

D'après d'autres (1), il a toujours été l'œuvre des magistrats, des Rois, puis des Consuls, puis du Préteur.

L'incapacité du prodigue cessait par décret de mainlevée d'interdiction, inverse du premier et rendu dans la même forme.

** **Etendue de l'incapacité du prodigue**. — A l'époque classique l'incapacité du prodigue avait la même étendue que celle de l'impubère sorti de l'*infantia*.

Seul, il pouvait rendre sa condition meilleure, mais il ne pouvait pas la rendre pire.

** **Rôle du curateur du prodigue**. — Pour les actes du prodigue rendant sa condition pire, le prodigue était remplacé par le curateur qui accomplissait l'acte pour lui. Il ne pouvait pas agir avec le *consensus curatoris* ; car aucun texte n'en fait mention.

CHAPITRE V. — CURATELLE DU MINEUR DE VINGT-CINQ ANS.

Ce qu'il faut entendre par mineur en droit romain. — Le mineur de vingt-cinq ans ou le mineur à Rome est la personne *sui juris* qui (dans l'opinion définitive) a plus de 14 ans et qui a moins de vingt-cinq ans.

** **Trois périodes dans l'existence d'un homme**. — Il suit de là et de ce qui précède que l'existence d'un homme, au point de vue de la capacité, se divisait en trois périodes :

1re période : Jusqu'à 14 ans, c'est l'impuberté. L'individu est appelé impubère ou pupille. Cette période se subdivise elle-même en deux :

a) L'*infantia*, jusqu'à sept ans, d'après l'opinion définitive.

b) L'impuberté ordinaire, au delà de sept ans jusqu'à 14 ans.

2e période : De 14 ans à 25 ans. C'est la minorité.

3e période : A partir de 25 ans. C'est la pleine capacité juridique.

Comparaison entre le droit français et le droit romain. — On voit par là que les expressions « mineur » et « pupille » n'ont pas la même signification en droit romain et en droit français.

A Rome, en effet, le pupille c'est l'impubère en tutelle ; on l'oppose au mineur qui est pubère, qui n'est plus en tutelle mais qui, suivant les époques, peut être en curatelle.

En droit français, au contraire, on emploie l'une pour l'autre,

(1) Dans ce sens : Girard, *op. cit.*, p. 216.

indistinctement, les expressions mineur et pupille. C'est celui qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans.

*** **Histoire de la condition juridique du mineur de 25 ans.** — La condition juridique du mineur de vingt-cinq ans est passée par cinq phases successives :

1re phase. — Avant la loi Plætoria.

2e phase. — Loi Plætoria.

3e phase. — Réforme du Préteur.

4e phase. — Rescrit de Marc-Aurèle.

5e phase. — Réforme de Dioclétien.

1re phase : Avant la loi Plætoria. — *Capacité entière.* — Dans cette première phase, le mineur de vingt cinq ans n'est entouré d'aucune espèce de protection légale. Dès qu'il était pubère l'individu était pleinement capable.

Explication. — Cette solution, qui nous étonne au premier abord, s'explique par une double considération :

1° Au début, les actes juridiques étaient assez rares, le commerce n'étant pas très développé.

2° Les actes juridiques étaient entourés de solennité, souvent il fallait la présence du magistrat, comme pour le mode d'aliéner appelé *in jure cessio*, souvent des témoins étaient nécessaires. Il résultait de là, en fait, une certaine protection indirecte pour les mineurs, que l'on pouvait ainsi moins facilement circonvenir. Il n'en fut plus de même le jour où, par suite du développement du commerce, et de la simplification des formes primitives, les actes juridiques furent plus nombreux, plus fréquents et plus faciles à faire. Le besoin de protection se fit alors sentir pour le mineur de 25 ans. Ce fut l'objet de la loi Plætoria.

2e phase : Loi Plætoria. — *Date.* — Cette loi est du VIe siècle de Rome ; vraisemblablement de l'année 563 date d'une pièce de Plaute, le *Pseudulus*, où il en est question comme d'une loi récente, sous le nom de *lex quina vicenaria*.

Disposition certaine. — Cette loi donne contre toute personne qui circonvient un mineur de vingt-cinq ans, une action publique (*crimen publicum rei privatæ*) entraînant avec l'infamie, certaines déchéances politiques.

Sanction civile. — D'après certains auteurs, la loi Plætoria aurait accordé au mineur une action pour se faire rendre ce qu'il avait fourni en exécution de l'engagement dolosif qu'il avait pris.

(1) Dans ce sens, Girard, *op. cit.*, p. 219.

Et après l'introduction de la procédure formulaire, il aurait pu refuser d'exécuter son engagement en opposant une exception de dol à la partie adverse qui l'aurait poursuivi en justice pour obtenir cette exécution.

D'après d'autres auteurs, au contraire, la loi Plætoria n'aurait comporté aucune autre sanction qu'une sanction pénale : C'eût été une *lex minus quam perfecta* (1).

Adjonction possible d'un curateur. — On rattache aussi à la loi Plætoria la possibilité pour le mineur de se faire assister d'un curateur pour un acte déterminé. De cette façon, sinon en droit du moins en fait, le tiers traitant avec le mineur avait moins à craindre de se voir accuser de fraude (*circumventio*) ; le crédit du mineur était sauvegardé.

3e phrase : Droit prétorien. — *Restitutio in integrum.* — Le préteur alla plus loin que la loi Plætoria. Elle permit au mineur, qui était, non plus seulement trompé (*circumventus*), mais simplement lésé (*læsus*) par l'acte qu'il avait accompli, d'en obtenir la rescision par décision du magistrat.

Condition d'exercice. — Pour que cette *restitutio* fût accordée il fallait :

1° Que la lésion résultât de l'acte lui-même et non d'un fait postérieur et fortuit. Et c'est au mineur à prouver la lésion ; il ne suffit pas qu'il démontre qu'au moment de l'acte il était mineur. D'où la formule encore vraie de nos jours : *Minor non restituitur tanquam minor sed tanquam læsus* (2).

2° Que la lésion ait une certaine importance : *De minimis non curat Prætor* (3).

3° Que la *restitutio in integrum* fût demandée dans un certain délai. Tout d'abord, une année utile (4) et sous Justinien, quatre années continues.

4e phase : Rescrit de Marc-Aurèle. — *Curatelle permanente.* — A partir de Marc-Aurèle, la curatelle du mineur de spéciale et accidentelle qu'elle était jusque là devint permanente. La curatelle tendit à se rapprocher de plus en plus de la tutelle.

(1) Dans ce sens, Cuq, *op. cit.*

(2) « Le mineur n'est pas restituable en sa seule qualité de mineur mais s'il est lésé. »

(3) « Le préteur ne s'occupe pas des choses de peu d'importance. »

(4) On entendait à Rome par année utile celle où on ne compte que les jours judiciaires, c'est-à-dire comportant l'exercice d'un procès ; tandis que l'année continue est celle où l'on compte tous les jours indistinctement, judiciaires ou non.

Curatelle facultative. — Cependant elle ne fut pas imposée au mineur en thèse générale. C'est une règle, en effet, que les mineurs n'ont pas de curateur contre leur gré. *Adolescentes inviti curatorem non habent.*

Par exception, le mineur pouvait être contraint d'être assisté d'un curateur à la demande de l'autre partie, pour les actes qu'on ne pouvait faire qu'avec lui et pour lesquels on pouvait exiger cette garantie de fait contre la nullité ultérieure de l'acte. Tels étaient : la reddition du compte de tutelle ; un paiement au mineur ; un procès contre le mineur.

Peut être aussi, la curatelle permanente pouvait elle être imposée par le *paterfamilias* à son fils en lui désignant un curateur dans son testament.

5e phase : A partir de Dioclétien (293). — *Deux classes de mineurs.* — A partir de Dioclétien on distingue deux classes de mineurs :

Ceux qui ont un curateur.

Ceux qui n'en ont pas.

a) *Mineurs ayant un curateur.* — Ils sont incapables comme les pupilles sortis de l'*infantia* et comme les prodigues. Seuls, ils peuvent rendre leur condition meilleure. Mais ils ne peuvent rendre leur condition pire sans le *consensus curatoris.*

b) *Mineurs n'ayant pas de curateur.* — Ils sont pleinement capables de rendre leur condition meilleure ou pire, sans l'assistance de personne.

Points communs des deux classes de mineurs. — Les deux classes de mineurs se ressemblaient cependant sur deux points :

1° Ils pouvaient, au cas de lésion, faire rescinder leurs actes par voie d'*in integrum restitutio.*

2° L'*oratio Severi* de l'an 195, quant à l'aliénation des *prædia rustica vel suburbana*, étendue par Constantin aux *prædia urbana* et aux meubles précieux, s'appliquait aux deux classes de mineurs.

** **Du consensus curatoris.** — *Définition.* — Le *consensus curatoris* c'est l'adhésion que le curateur donne à un acte passé par un mineur.

Origine historique. — Cette façon d'opérer du curateur est spéciale au curateur du mineur. Les autres curateurs, nous l'avons vu, ne procèdent que par *negotiorum gestio* ; ils remplacent l'incapable, mais ne l'assistent pas.

Cette façon d'opérer apparut le jour même où à l'époque de la

loi Plætoria le mineur put être pourvu d'un curateur pour un acte juridique déterminé.

Ressemblance avec l'auctoritas tutoris. — Le *consensus curatoris* ressemble à l'*auctoritas tutoris* à deux points de vue :

1° Dans l'un et l'autre cas l'incapable (pupille ou mineur) figure en personne dans l'acte.

2° Dans l'un et l'autre cas, l'acte produit ses effets en la personne de l'incapable. C'est lui, et non son tuteur ou curateur, qui devient créancier, propriétaire ou débiteur.

Différences entre l'auctoritas tutoris et le consensus curatoris. — Elles se ramènent toutes à cette idée que l'*auctoritas tutoris* est un acte formaliste, tandis que le *consensus curatoris* ne l'est pas.

Ainsi : 1° l'*auctoritas* impliquait la présence, au même lieu et au moment de l'acte, du tuteur, du pupille et du co-contractant ; tandis que le *consensus curatoris* pouvait être donné entre absents, par lettre.

2° L'*auctoritas* devait être donnée au moment même de l'acte ; le *consensus* pouvait être donné avant, pendant ou après l'acte.

3° L'*auctoritas* devait être donnée, au moins au début, en termes sacrementels, par interrogation et réponse concordantes. Tandis que le *consensus* était donné sans employer aucune forme particulière dans un langage quelconque.

De la vænia ætatis. — *Définition.* — C'est une institution qui a pour but de conférer au mineur de vingt-cinq ans une capacité à peu près entière, avant l'âge de vingt-cinq ans.

Origine historique. — Elle paraît avoir été créée par Septime Sévère et Caracalla. Mais elle reçut sa forme définitive sous Constantin.

Conditions d'obtention. — Cette concession est subordonnée à deux conditions :

1° Un certain âge : 20 ans pour les hommes, 18 ans pour les femmes.

2° Un rescrit impérial.

Conséquences juridiques. — Pour le mineur qui est en curatelle la *vænia ætatis* l'en fait sortir et le rend capable ; il le prive en outre du bénéfice de l'*in integrum restitutio.* Pour le mineur qui n'est pas en curatelle, la *vænia ætatis* ne produit que ce dernier effet.

Maintien de l'oratio Severi. — En outre, le mineur, malgré la *vænia ætatis*, reste soumis à l'*oratio Severi* et aux aggravations

ultérieures établies par Constantin. C'est en cela qu'il diffère du majeur de vingt cinq ans.

Rapprochement de la vænia ætatis et de l'émancipation moderne. — Cette institution de la *vænia ætatis* ressemble beaucoup plus à notre émancipation moderne que la véritable émancipation romaine, qui n'avait aucune conséquence sur la capacité, puisqu'elle pouvait s'appliquer à un impubère, et qui n'avait d'autre effet que de mettre fin à la *patria potestas*.

** APPENDICE. — COMPARAISON DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE.

Ressemblances. — *Enumération.* — La tutelle et la curatelle se ressemblent sous plusieurs rapports :

1° Au point de vue de leur évolution historique ;

2° Au point de vue de leur organisation ;

3° Au point de vue de la gestion des biens ;

4° Au point de vue des causes d'extinction de la tutelle et de la curatelle.

1° *Evolution historique.* — La tutelle et la curatelle ont toutes deux évolué de la même façon. Au début, l'une et l'autre ont été instituées en vue de sauvegarder les droits éventuels de la famille agnatique contre la mauvaise administration ou contre les dilapidations d'héritiers,ou trop jeunes, ou inexpérimentés,ou malades. Dans la suite, les intérêts de la famille sont passés au second plan, et on s'est préoccupé de défendre les incapables pour eux-mêmes indépendamment de toute autre préoccupation.

2° *Organisation.* — La mode de désignation du tuteur et du curateur a été à peu près le même. Au début, ont dominé la curatelle et la tutelle légitime des agnats ; puis sont nées et sont devenues prépondérantes la tutelle et la curatelle testamentaire et dative. Les causes d'exclusion, d'incapacités et d'excuses sont à peu près les mêmes pour la curatelle et pour la tutelle.

3° *Au point de vue de la gestion des biens.* — Le tuteur et le curateur qui gèrent obéissent aux mêmes règles, notamment quant au résultat des actes et quant à l'étendue de leurs pouvoirs, limités par l'*oratio Severi* et la constitution de Constantin.

4° *Au point de vue des causes d'extinction.* — Elles sont sensiblement les mêmes pour la curatelle et pour la tutelle de même

que les garanties accordées contre l'insolvabilité du tuteur et du curateur.

** **Différences**. — *Divergence d'opinions.* — La différenciation de la tutelle et de la curatelle a donné lieu à de nombreux systèmes différents, que nous allons rapidement indiquer ; après quoi nous ferons connaître les points certains de différence qu'il est possible de signaler entre ces deux institutions

1° *Système de M. Girard.* — D'après M. Girard, la tutelle différerait de la curatelle, en ce que la tutelle est organisée pour parer à des incapacités normales, régulières, qui sont toujours les mêmes. Au contraire, la curatelle est destinée à pourvoir à des incapacités accidentelles, susceptibles de varier à l'infini (1). Ce critérium est assez vague.

Système de M. Cuq (2). — D'après M. Cuq la tutelle et la curatelle procèdent de deux idées différentes. Au début, dit il, la propriété suppose le droit de se faire justice à soi-même ; elle exige la force physique. Lorsque le propriétaire est un enfant ou une femme, il ne possède pas cette force ; c'est le tuteur qui la lui procure. La curatelle se rattache à une idée différente On a voulu protéger la propriété contre le mauvais usage que certaines personnes auraient pu en faire. Il ne s'agit pas de prêter un appui matériel au propriétaire, mais de mettre à côté de lui une personne qui prenne soin de sa propriété et l empêche d en abuser.

** *Différence certaine entre tutelle et curatelle.* — Quoi qu'il en soit de ces deux opinions, la différence certaine entre la tutelle et la curatelle réside en ceci. C'est que la fonction principale et originale du tuteur est l'*auctoritas*, tandis que la fonction principale du curateur est de gérer. Le tuteur assiste le pupille, il ne gère pas, le curateur gère et n'assiste pas.

Et il est assez curieux de constater que, dans notre droit actuel, c'est la différence contraire qui existe, le curateur assiste le mineur émancipé, tandis que le tuteur gère pour le mineur non émancipé et ne l'assiste pas.

Atténuation de cette différence pour le mineur de vingt-cinq ans. — Cette différence subsista toujours pour le fou et pour le prodigue. Mais elle cessa pour le mineur de vingt-cinq ans le jour où on l'autorisa à se faire assister d'un curateur. Entre le curateur du mineur et le tuteur de l impubère il n'y eut qu'une nuance. Celle

(1) Girard, *op. cit.*, p. 213 et 214.
(2) *Op. cit.*, p. 112.

qui séparait le *consensus* de l'*auctoritas* et qui résidait plutôt dans la forme que dans le fond.

APPENDICE I. — LA DEMINUTIO CAPITIS

Définition. — La *capitis deminutio* est un changement qui se produit dans l'état d'une personne, dans le *caput*.

Trois sortes de capitis deminutio. — De même que le *caput* se compose de trois éléments, de même il existe trois sortes de *capitis deminutio* :

La *capitis deminutio maxima*, résultant de la perte de la liberté ;

La *capitis deminutio media*, résultant de la perte de la cité ;

La *capitis deminutio minima*, résultant de la perte des droits de famille.

Cette dernière se produisait notamment : au cas d'émancipation, d'adrogation, de *conventio in manum*, etc.

Effets généraux de la deminutio capitis.— *Idée générale*. — Les effets généraux de la *deminutio capitis* se rattachaient tous à cette idée essentielle que la personnalité juridique antérieure était éteinte (*prior personæ evanescit*),mais que la personnalité physique n'était pas modifiée.

Conséquences pratiques. — Tous les droits attachés à la personne juridique étaient éteints : notamment les droits viagers, tels que l'usufruit, l'usage, l'habitation, les droits d'agnation et leurs conséquences sur la tutelle et la succession. De même,étaient éteintes les dettes du *capitis minutus*.

Au contraire, les droits se rattachant à la personne physique étaient maintenus : notamment les liens de cognation, dérivant de la nature et non de la loi, et les obligations résultant des délits qui étaient attachées plutôt à la personne physique qu'à la personne juridique, en raison de l'idée de vengeance privée qui sert de base à la réparation des délits.

Tempéraments apportés par le préteur. — Le préteur trouva qu'il était contraire à l'équité de priver le créancier de son droit, en raison de la *deminutio capitis* subie par son débiteur. Pour y remédier, il lui accorda le droit d'agir contre celui qui recueillait le patrimoine du *capite minutus*, au cas de *deminutio capitis maxima* et *media* et contre le *capite minutus* lui-même au cas

de *deminutio capitis minima* (en la supposant non accomplie à l'aide d'une fiction).

Réformes de Justinien. — Il ne modifie en rien les règles de la *deminutio capitis maxima* et *media*.

Il atténue encore les effets de la *capitis deminutio minima* en décidant qu'elle n'entraînera plus extinction du droit d'usufruit, d'usage et d'habitation. Enfin, la novelle 118 en supprimant l'agnation, fait disparaître cet autre effet important de cette *capitis deminutio*.

APPENDICE II. — LES PERSONNES MORALES

Définition. — On entend par personnes morales des associations ou des établissements auxquels on reconnaît un patrimoine et des droits comme à une véritable personne physique.

Classification. — A Rome on distinguait deux classes de personnes morales : 1° les associations de personnes ; 2° les établissements.

1re classe : Associations de personnes. — On les appelait des *universitates personarum*.

Exemples : 1° l'Etat ;

2° Les cités, les colonies, les municipes ;

3° Les associations (*collegia*), très nombreuses à Rome, notamment la société des publicains constituée pour la ferme des revenus de l'Etat.

2e classe : Etablissements. — On les appelait des *universitates rerum*. Ils n'apparaissent qu'au Bas-Empire avec le droit chrétien. Ce sont notamment les églises et les couvents.

Formation et dissolution des personnes morales. — Tout d'abord la plus grande liberté fut accordée aux personnes morales pour se constituer. Mais à la suite des troubles politiques de la fin de la République où des associations furent mêlées, un régime de contrôle fut institué. Désormais une autorisation fut nécessaire pour la création d'une personne morale qui pouvait disparaître de même par le retrait de l'autorisation. Ce fut d'abord le Sénat, puis l'empereur, qui fut compétent pour statuer en cette matière.

DEUXIÈME PARTIE

LES BIENS

Définition. — On entend par biens tout ce qui peut procurer à l'homme une utilité quelconque. Tel un cheval, une maison, etc.

Le patrimoine. — *Définition.* — Le patrimoine est pour chaque personne l'ensemble de ses droits et obligations appréciables en argent.

Il constitue une universalité juridique.

Sa composition. — Le patrimoine ne comprend que les droits et les obligations ayant une valeur pécuniaire. Les droits de famille, qui n'offrent pas ce caractère, ainsi que les obligations qui en découlent, restent en dehors du patrimoine.

Les personnes sui juris seules ont un patrimoine. — A Rome, toute personne n'a pas de patrimoine. Pour avoir un patrimoine il faut être *paterfamilias*, c'est-à-dire être *sui juris*, n'être sous la *potestas* de personne. C'est ainsi que n'ont pas de patrimoine : les esclaves, les fils de famille, les personnes *in mancipio*.

Division de la 2e partie (1). — Nous diviserons la deuxième partie en sections :

Ire section : Classification des biens.
IIe section : Classification des droits.
IIIe section : De la propriété considérée en elle-même.
IVe section : Etude de la possession.
Ve section : Des différentes manières d'acquérir la propriété.
VIe section : Des servitudes.
VIIe section : Des droits réels prétoriens.
Appendice : Capacité d'acquérir et d'aliéner.

(1) Pour faciliter aux étudiants l'étude de ces matières, nous suivrons à la lettre le plan que nous avons adopté dans notre *Manuel de droit civil* et nous n'insisterons que sur les points particuliers au droit romain.

SECTION Ire. — CLASSIFICATION DES BIENS

Division fondamentale. — Les biens en droit romain se divisaient en deux grandes catégories :

Les choses *in patrimonio*, ou choses comprises dans le patrimoine des individus.

Et les choses *extra patrimonium* ou choses qui n'entrent pas dans le patrimoine des individus.

§ 1. — Choses in patrimonio.

Définition. — Ce sont, avons-nous dit, les choses qui sont dans le patrimoine d'un particulier.

Enumération. — Elles comprennent : les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*. les choses corporelles ou incorporelles, les meubles et les immeubles, les fonds provinciaux et les fonds italiques.

*** a) *Choses mancipi et choses nec mancipi*.

Absence de critérium. — On ne peut donner aucune définition précise des *res mancipi* et des *res nec mancipi*. Tout ce qu'on peut dire de plus précis, c'est que les choses *mancipi* étaient les choses que les Romains primitifs considéraient comme étant les plus précieuses, tandis que les choses *nec mancipi* étaient les choses de moindre valeur. Cette distinction correspond un peu à la distinction des immeubles et des meubles dans notre ancien droit et même au moment de la rédaction du Code civil, les meubles étant alors de peu d'importance.

Enumération. — A défaut de critérium on doit procéder par voie d'énumération.

Etaient choses *mancipi* :

1° Les fonds italiques, c'est-à-dire les fonds de terre situés à Rome et en Italie.

2° Les esclaves, qu'on appelait quelquefois *mancipia*.

3° Les animaux qui se domptent par le cou ou par le dos (*qui collo dorsove domantur*), c'est-à-dire les bêtes de somme et de trait.

4° Les servitudes prédiales rurales sur les fonds italiques.

Toutes les autres choses étaient des choses *nec mancipi*.

Les choses *mancipi* étaient les choses les plus précieuses pour les Romains primitifs. Peuple essentiellement agricole, la terre et tout ce qui était indispensable à son exploitation était considéré dans l'échelle des valeurs, comme occupant un des premiers rangs.

*** **Intérêts pratiques.** — Cette distinction offrait trois intérêts pratiques.

1° La *mancipatio* était un mode d'aliéner et d'acquérir ne s'appliquant qu'aux *res mancipi*.

2° La tradition ne s'appliquait qu'aux *res nec mancipi*.

3° Les femmes en tutelle perpétuelle ne pouvaient disposer de leur *res mancipi* qu'avec l'*auctoritas tutoris*, tandis qu'elles pouvaient aliéner leur *res nec mancipi* librement.

Persistance de la distinction. — Cette distinction persista pendant toute la durée de l'histoire du droit romain ; et elle resta telle qu'elle avait été établie au début, sans qu'on apportât à la classification des choses précieuses aucune modification ou addition, bien que la valeur respective des éléments du patrimoine eût été profondément modifiée dans le cours du temps.

Disparition sous Justinien. — Elle ne disparaît que sous Justinien.

** b) *Choses corporelles et choses incorporelles.*

Définition. — Une chose corporelle est celle qui tombe sous le sens, qu'on peut toucher (*quæ tangi possunt*).

Une chose incorporelle est celle qu'on ne tombe pas sous le sens. C'est pure conception de l'esprit.

Distinction. — Le droit de propriété était considéré comme une chose corporelle. Parce qu'ayant un caractère absolu il se confondait avec la chose sur laquelle il portait.

Au contraire, tous les autres droits étaient traités comme choses incorporelles. Tels étaient : l'usufruit, les servitudes réelles, les droits de créance, etc.

Intérêts pratiques — *Différence essentielle*. — Cette distinction offrait une différence essentielle quant à la possession. Les choses corporelles étaient seules susceptibles de possession ; puisque la possession est un pouvoir physique sur une chose. Les choses incorporelles n'en étaient pas susceptibles. Car on ne peut avoir un pouvoir physique sur une chose immatérielle.

Conséquences pratiques. — Il en résultait que tous les modes

d'acquisition de la propriété ou de constitution de droits réels reposant sur la possession ne s'applique pas aux choses incorporelles. Tels étaient : la tradition, l'occupation et l'usucapion.

Cette différence s'atténua d'ailleurs dans la suite par les réformes du préteur sur la *quasi possessio* des choses incorporelles

c) *Immeubles et meubles.*

Portée restreinte. — Cette distinction n'était qu'une subdivision des choses corporelles. On les rangeait dans la catégorie des meubles et des immeubles, suivant qu'ils pouvaient ou non se déplacer (comme les esclaves et les animaux) ou être déplacés, comme les choses inanimées. On n'a jamais appliqué à Rome cette distinction aux choses incorporelles, comme de nos jours.

Conséquences pratiques. — Cette distinction n'a pas eu tout d'abord à Rome une bien grande importance. Tout disparaissait au début devant la classification des choses *mancipi* et *nec mancipi*. Mais, au fur et à mesure que cette dernière classification tendit à s'effacer parce qu'elle n'était plus en rapport avec le nouvel état économique, on s'attacha davantage à la distinction en meubles et immeubles.

On peut signaler entre ces deux catégories de biens les différences suivantes :

1° Le délai d'usucapion pour les meubles était d'un an, pour les immeubles de deux ans. Sous Justinien, ce fut trois ans pour les meubles, dix à vingt ans pour les immeubles.

2° Les interdits possessoires ne sont pas les mêmes : pour les immeubles, c'est l'interdit *uti possidetis*, sur lequel triomphe le possesseur actuel, tandis que pour les meubles, c'est l'interdit *utrubi*, au sujet duquel triomphe celui qui a possédé le plus longtemps dans l'année.

3° Le vol, *furtum*, n'est possible que pour les meubles et non pour les immeubles.

4° L'*oratio Severi*, de l'an 195, limitant les pouvoirs du tuteur ne concernait que les immeubles. Ce n'est que plus tard, Constantin, qui l'étendit aux meubles précieux.

5° La protection de la dot contre les dilapidations du mari, soit sous Auguste, en vertu de la loi Julia, soit sous Justinien, ne concernait que le fonds dotal et non les meubles dotaux de la femme.

** d) *Fonds italiques et fonds provinciaux.*

Définition. — On entend par fonds italiques ceux qui sont

situés en Italie et par fonds provinciaux, ceux qui sont situés en dehors de l'Italie, en province.

Intérêts pratiques. — Entre ces deux sortes de fonds existaient les différences suivantes :

1° Les particuliers pouvaient être propriétaires des fonds Italiques. Tandis qu'ils ne pouvaient avoir sur les fonds provinciaux qu'un droit de jouissance et de possession. C'est l'État qui en était le seul propriétaire.

Cette différence était purement théorique ; elle existait dans les termes employés plus que dans les faits. Le possesseur d'un fonds provincial avait autant d'avantages pratiques que le propriétaire d'un fonds italique Mais, il n'avait pas pour faire valoir son droit en justice les mêmes actions. Il ne pouvait pas se servir des mêmes procédés pour leur aliénation. Tout cela se comprendra mieux dans la suite de nos explications.

2° Les fonds italiques sont exempts d'impôt foncier que supportent, au contraire, les fonds provinciaux, sous le nom de *tributum* ou de *stipendium*.

3° Les fonds italiques entrent dans les *res mancipi*, tandis que les fonds provinciaux sont compris dans les *res nec mancipi*.

Du jus italicum. — Le *jus italicum* était le régime applicable aux fonds italiques ; la concession du *jus italicum* à une cité avait pour conséquence de rendre les fonds de cette cité susceptibles de propriété et exempts d'impôt foncier, comme les fonds Italiques.

Disparition de cette distinction. — Cette distinction reçut une première atteinte sous le règne de Dioclétien, l'impôt foncier ayant été étendu aux fonds italiques. Mais elle ne disparut complètement que sous Justinien, qui supprime entre les deux catégories de fonds l'autre différence tenant à la propriété. Les fonds provinciaux sont désormais susceptibles de propriété comme les fonds italiques.

§ 2. — Choses extra patrimonium.

Définition. — Ce sont les biens qui n'appartiennent pas à de simples particuliers.

Classification. — Deux classes : les uns relèvent du droit humain, les autres du droit divin.

a) *Res humani juris.*

Emumération. — Ce sont les *res publicæ* et les *res communes.*

Res publicæ. — Ce sont des biens appartenant à l'Etat ou aux villes : routes, ports, fleuves, bains publics, théâtres.

Res communes. — Ce sont les choses d'un usage commun, telles que l'air, l'eau courante, les rivages de la mer.

b) *Res divini juris.*

Trois classes. — On en distinguait de trois sortes : les *res sanctæ*, les *res sacræ* et les *res religiosæ.*

Res sanctæ. — Ce sont les murs et les portes des villes les limites des champs Ces choses étaient placées sous la protection la divinité en général et toute atteinte commise contre elles était sévèrement punie.

Res sacræ. — C'étaient les choses consacrées aux Dieux supérieurs. Tels sont : les temples, les statues des Dieux, les bois sacrés.

Res religiosæ. — C'étaient les sépultures, vouées au dieux infernaux.

SECTION II. — CLASSIFICATION DES DROITS

*** **Distinction fondamentale.** — En droit romain comme en droit français on distinguait deux catégories de droits : les droits réels et les droits de créance.

Les principes étant les mêmes dans les deux législations, nous en rappellerons brièvement les traits essentiels, renvoyant pour les détails à notre *Mauuel de droit civil* (p. 374 et suiv.).

Définitions du droit réel et du droit de créance. — Le droit réel est une faculté qui appartient à une personne de tirer directement d'une chose déterminée, en tout ou en partie, l'utilité juridique que cette chose peut procurer.

Exemple : le droit de propriété sur un immeuble.

Le droit de créance est une faculté qui appartient à une personne appelée créancier, d'exiger d'une autre personne, appelée débiteur, l'exécution d'une prestation quelconque consistant à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Exemple : Je prête une somme d'argent à une personne. Je suis créancier de cette personne pour cette somme d'argent. Je puis exiger que cette personne me rembourse la somme que je lui ai prêtée.

Supériorité du droit réel sur le droit de créance. — Aussi bien à Rome qu'aujourd'hui, le droit réel était plus fort que le droit de créance, en ce qu'il conférait à son titulaire, droit de préférence et droit de suite, qui ne résultaient pas du droit réel.

Droit de préférence. — C'est-à-dire que le droit s'exerce avant tout autre droit ; tandis que le créancier est obligé de subir le concours des autres créanciers du même débiteur.

Droit de suite. — C'est-à-dire que le titulaire du droit réel peut le faire valoir à l'encontre de tous les détenteurs entre les mains desquels passe l'objet de son droit. Tandis que le titulaire du droit de créancier ne peut agir absolument que contre le débiteur.

*** **Subdivision des droits réels.** — A Rome, comme aujourd'hui, la liste des droits réels était limitativement déterminée et il n'y avait pas moyen de l'étendre. Mais les droits réels comportaient une subdivision tenant aux règles particulières du droit romain et qui n'a pas de correspondant dans la législation contemporaine. On distinguait : les droits réels civils, et les droits réels prétoriens.

1° Droits réels civils. — *Définition.* — On entendait à Rome par droits réels civils ceux qui avaient été réglementés et sanctionnés par une des cinq sources du droit civil (Lois, plébiscites, etc.) (1).

Enumération. — Les droits réels civils étaient :

1° La propriété quiritaire ou *dominium ex jure quiritium*.

2° Les servitudes personnelles. Usufruit, usage, habitation.

3° Les servitudes réelles ou prédiales.

2° Droits réels prétoriens. — *Définition.* — On entendait par droits réels prétoriens ceux qui avaient été reconnus et sanctionnés par l'édit du préteur.

Enumération. — Les droits réels prétoriens étaient :

1° La propriété *bonitaire* ou *in bonis habere* ;

2° Le *jus in agro vectigali* ;

3° Le droit d'emphytéose ;

4° Le droit de superficie ;

5° L'hypothèque.

(1) Voir *suprà*, p. 7.

SECTION III. — DE LA PROPRIÉTÉ CONSIDÉRÉE EN ELLE-MÊME

Définition. — La propriété est la faculté qui appartient à une personne, le propriétaire, de tirer directement d'une chose déterminée toute l'utilité juridique qu'elle est susceptible de procurer.

Propriété quiritaire. — On l'appelait *quiritaire*, c'est-à-dire des quirites ou des romains, pour bien marquer qu'elle était sanctionnée par le droit civil romain et pour l'opposer à d'autres formes moins parfaites de propriété : propriété des pérégrins, propriété provinciale ou propriété bonitaire ou prétorienne.

Caractères juridiques de la propriété individuelle. — *Enumération.* — La propriété, à Rome comme aujourd'hui présentait trois caractères essentiels : c'était un droit absolu, exclusif et perpétuel.

Droit absolu. — C'est-à-dire qu'il permettait au propriétaire de tirer de sa chose tous les avantages qu'il pouvait procurer. On les avait ramenés à trois : droit de se servir de la chose — *jus utendi* ; droit d'en retirer des fruits ou revenus, — *jus fruendi* droit d'en disposer d'une façon définitive en la détruisant ou en l'aliénant — *jus abutendi*.

Droit exclusif. — C'est-à-dire que le propriétaire est seul à pouvoir ainsi tirer parti de sa chose. Son droit étant absolu exclut sur sa chose tout autre droit aussi étendu. Par son essence même la propriété individuelle écarte toute idée de partage.

Droit perpétuel. — C'est-à-dire que c'est un droit qui ne peut cesser par le simple laps de temps. Celui qui est propriétaire est propriétaire pour toujours. Il ne cesse d'être propriétaire que par un acte de sa volonté, en cas d'aliénation.

Et les Romains avaient tiré de ce caractère perpétuel du droit de propriété une conséquence intéressante, c'est qu'on ne peut pas transférer la propriété à quelqu'un, ni jusqu'à une époque déterminée, pour 10 ans par exemple (*ad tempus*), ni jusqu'à l'arrivée de tel événement, sous condition résolutoire (*ad conditionem*).

Histoire de la propriété. — La propriété individuelle n'a pas toujours été reconnue chez les Romains. La propriété a présenté chez ce peuple les mêmes phases que chez les autres peuples.

D'abord, propriété collective de la tribu, puis propriété collective comportant l'allotissement périodique des terres entre les familles pour la culture ; puis copropriété familiale, et enfin, propriété individuelle.

Et nous avons vu, nous verrons encore que la propriété familiale a laissé dans les institutions juridiques romaines des traces profondes, notamment au point de vue successoral. Et l'expression, déjà rencontrée, d'*heres suus*, attribuée au fils de famille, en est une survivance certaine.

Réglementation de la propriété quiritaire. — *Ses trois termes dans l'ancien droit.* — Dans l'ancien droit, la réglementation de la propriété quiritaire comportait trois termes essentiels :

1° Le propriétaire devait être un citoyen romain ;

2° La chose devait être romaine, c'est à-dire une chose *mancipi* ;

3° Le mode d'acquisition devait être romain, c'est-à-dire une *mancipatio* ou une *in jure cessio*.

Progrès réalisés. — Plus tard, à une époque impossible à préciser, on se départit de cette rigueur primitive, et le champ d'application de la propriété cessa d'être aussi restreint.

1. On admit de très bonne heure que le latin, en possession du *commercium* aurait la propriété quiritaire. On finit même par reconnaître la propriété aux pérégrins, mais sans l'appeler jamais quiritaire et sans lui appliquer, ni sa sanction propre, la revendication, ni ses modes d'acquérir particuliers.

2. De très bonne heure aussi, pour des considérations économiques, on dut reconnaître que les *res nec mancipi* seraient susceptibles de propriété quiritaire, au même titre et dans les mêmes conditions que les *res mancipi*.

3. Enfin, on admit aussi que les modes d'acquisition du droit des gens, notamment la tradition, engendreraient la propriété quiritaire au moins pour les choses *nec mancipi*.

*** **De la propriété bonitaire**. — *Définition.* — La propriété bonitaire, ou *in bonis habere*, est la propriété reconnue et sanctionnée par le droit prétorien, par opposition à la propriété quiritaire qui était reconnue et sanctionnée par le droit civil romain.

Origine historique (1). — Ce dedoublement de la propriété en propriété quiritaire et en propriété bonitaire se rattacha à une règle du formalisme romain relative à l'acquisition de la propriété.

Nous avons déjà dit, et nous insisterons là-dessus plus tard,

(1) Ce renseignement nous a été fourni par Gaius, II, 40.

que la propriété des choses *mancipi* ne pouvait pas être aliénée par simple tradition ; il fallait soit *mancipatio*, soit *in jure cessio*.

Supposons que Primus ait vendu l'esclave Stichus à Secundus, et qu'en exécution de cette vente il lui ait simplement fait tradition. D'après le droit civil, Primus, le *tradens*, était resté propriétaire de l'esclave. Il pouvait donc agir en justice contre Secundus en revendication et le contraindre à lui restituer l'esclave. Or, ce résultat était inique.

Alors le Préteur, après la mise en vigueur de la loi Æbutia, usa du moyen que lui fournissait la procédure formulaire pour y remédier.

Tout d'abord, il donna à Secundus l'*accipiens*, une exception de dol ou *rei venditæ* et *traditæ* pour faire échec à la prétention du *tradens* ; c'est-à-dire que, tout en délivrant à Primus la formule de la revendication, il disait au juge de condamner Secundus, à moins qu'il y ait eu vente et livraison de l'esclave.

Cette exception suffisait pour protéger l'acheteur, tant qu'il avait l'esclave en sa possession. Mais si l'esclave venait à s'enfuir de chez lui et à revenir chez le vendeur, il fallait lui donner une action pour le réclamer.

C'est ce que fit un peu plus tard le préteur en créant l'action Publicienne, ainsi appelée du nom de son inventeur. C'était une action fictice, dans la formule de laquelle le préteur insérait cette fiction que le délai de l'usucapion était accompli. A l'action publicienne intentée par l'acheteur le vendeur répondait en disant qu'il était le véritable propriétaire quiritaire de l'esclave (*exceptio justi dominii*). Mais à cette exception, l'acheteur répliquait qu'il y avait dol de sa part à s'en prévaloir contre lui, attendu qu'il lui avait vendu et livré l'esclave.

Dédoublement de la propriété. — Dès lors, les commentateurs de l'édit, les théoriciens du droit, analysant l'œuvre du préteur, diront : au cas de vente et de tradition d'une chose *mancipi*, le *tradens* reste propriétaire ; mais il n'a qu'un titre sans aucune utilité, il est *nudus dominus* ; en réalité, la chose est dans les biens de l'acheteur, *in bonis habet*.

Situation respective des deux propriétaires. — C'était, en effet, le propriétaire bonitaire qui avait la possession et tous les attributs de la propriété : droit de se servir de la chose et droit d'en tirer des fruits Il pouvait même disposer de la chose. Mais, comme aux yeux du droit civil, il n'était pas propriétaire, il ne pouvait pas pour cela employer les modes d'aliénation du droit

civil : *mancipatio, cessio in jure, leges per vindicationem.* Il ne pouvait employer que les modes du droit naturel, notamment la tradition. D'autre part, nous l'avons vu, s'il affranchissait un esclave dont il n'était que propriétaire bonitaire et non quiritaire, il n'en faisait pas un citoyen Romain mais un latin Junien.

Transformation de la propriété bonitaire en propriété quiritaire. — Au surplus, cette situation ne devait pas se perpétuer. Au bout d'un temps très court de possession, deux ans pour les immeubles et un an pour les meubles, le propriétaire bonitaire devenait propriétaire quiritaire par usucapion.

Autres applications d'in bonis habere. — La tradition d'une chose *mancipi* a été le cas originaire de propriété bonitaire ; mais pas le cas unique. Une fois cette institution établie, lorsque désormais le Préteur reconnut propriétaire une personne qui n'était pas reconnue telle par le droit civil, ce fut un cas de propriété bonitaire. Nous citerons notamment :

Le cas de l'héritier prétorien, ou *bonorum possessor* ;

Le cas de l'acheteur du patrimoine d'un débiteur failli, ou *bonorum emptor* ;

Le cas du fidéicommissaire, à la suite de la convention de restitution des biens de la succession passée avec l'héritier institué ou fiduciaire, d'après le sénatus-consulte Trébellien.

SECTION IV. — ÉTUDE DE LA POSSESSION

Définition. — La possession est le pouvoir physique qu'on exerce sur une chose avec l'intention de se comporter comme véritable propriétaire de cette chose.

Propriété et possession. — La propriété est le droit que l'on a sur une chose ; la possession est le pouvoir physique qu'on exerce sur une chose. Le plus souvent propriété et possession se confondent. C'est pour cela qu'on a dit que la possession était le signe de la propriété, l'*extériorité* de la propriété, a dit un auteur allemand, de Ihering.

Mais le contraire peut se produire ; la propriété et la possession peuvent être séparées. C'est ce qui arrive dans le cas de vol. Le propriétaire conserve son droit et perd la possession ; le voleur a la possession, mais n'a pas la propriété.

Possession et détention. — *La possession.* — La possession suppose deux éléments :

1° Le *corpus*, pouvoir physique sur la chose ;

2° L'*animus*, élément intentionnel. D'après les uns, cet élément intentionnel serait l'*animus domini*, c'est-à-dire la volonté de se comporter comme propriétaire. C'est l'opinion courante (1).

D'après d'autres, au contraire, l'*animus* serait l'*animus possidendi* ou intention de posséder pour soi seul. C'est une opinion de date plus récente (2).

Détention. — La détention ne comporte qu'un seul élément, l'élément matériel, le *corpus*. Elle ne comporte pas d'*animus*. Le détenteur ne possède pas pour lui-même mais pour le compte d'autrui.

Exemples de possesseurs cum animo domini. — Sont possesseurs proprement dits : le propriétaire quiritaire ou le propriétaire bonitaire ; celui qui, de bonne ou de mauvaise foi, se comporte comme propriétaire quoique ne l'étant pas.

Exemples de possesseurs cum animo possidendi. — Sont considérés comme possesseurs, bien que n'ayant pas l'*animus domini*, ayant seulement l'*animus possidendi* :

Le créancier gagiste, le précariste (3), le séquestre (4), l'emphytéote.

Exemples de détenteurs. — Sont simples détenteurs : le locataire, le fermier, le dépositaire, le commodataire.

Effets juridiques de la possession. — La possession, quoi qu'étant un simple fait, produisait des effets juridiques importants :

1° Elle était protégée en elle-même par des moyens spéciaux appelés interdits possessoires ;

2° Elle servait de base à trois modes d'acquisition de la propriété : occupation, tradition, usucapion.

3° Dans un procès en revendication, elle assurait au possesseur le rôle de défendeur, plus facile à tenir parce qu'il n'a aucune preuve à fournir.

(1) Dans ce sens : Girard, *op. cit.*, p. 256.
(2) Dans ce sens : May, *op. cit.*, p. 175.
(3) Le précariste à Rome était la personne à laquelle on concédait la possession et la jouissance d'une chose, à titre gratuit, jusqu'à première réquisition.
(4) Le séquestre est celui qui est chargé de garder un objet litigieux pendant le cours du procès pour le compte de qui il appartiendra.

4° Le possesseur qui possède de bonne foi un immeuble fait les fruits siens.

Deux points à étudier. — Au sujet de la possession nous allons étudier les deux points suivants :

1° Comment s'acquiert et se perd la possession ?

2° Comment est protégée la possession ?

§ 1. — Acquisition et perte de la possession

Acquisition de la possession par soi-même. — On acquiert la possession d'une chose en acquérant sur cette chose un pouvoir physique, le *corpus*, avec l'intention, soit de se comporter comme propriétaire (*animus domini*), soit de posséder pour soi-même (*animus possidendi*).

Acquisition de la possession par une persona extranea. — Peut-on acquérir la possession par l'intermédiaire d'une *persona extranea*, c'est-à dire d'une personne non soumise à notre *potestas* ? Longtemps on ne l'admit pas, par application de la règle de la non-représentation dans les actes juridiques, d'après laquelle on ne peut rien acquérir par autrui. On finit cependant par reconnaître qu'on pourrait acquérir le *corpus* par l'intermédiaire d'autrui d'un mandataire (*procurator*), d'un gérant d'affaires ou d'un tuteur (1). Mais on n'admit jamais qu'on pourrait acquérir l'*animus* par le fait d'un tiers. Cependant, on dut faire exception pour trois cas : celui de l'*infans*, du fou et des personnes morales. On admit dans ces trois cas que l'acquisition pourrait avoir lieu par l'intermédiaire d'autrui, même quant à l'*animus*.

Ces trois exceptions s'imposaient sous peine d'interdire l'acquisition de la possession à ces trois catégories de personnes.

Perte de la possession. — *Formule générale.* — On perd la possession lorsqu'on perd l'un des éléments dont elle se compose ou tous les deux en même temps.

Perte du corpus. — On perd la possession d'une chose *corpore*, lorsqu'on ne l'a plus en son pouvoir ; au cas par exemple, où un objet tombe dans un fleuve, si on ne peut le reprendre ; au cas d'un animal domestique qui est parti sans esprit de retour.

Perte de l'animus. — On perd l'*animus* lorsque tout en conser-

(1) Par exemple, achetant un meuble d'un marchand je puis dire à ce marchand de livrer le meuble chez un ami, qui le détiendra pour mon compte à titre de dépositaire.

vant une chose en son pouvoir, on ne la possède plus pour soi-même, mais pour le compte d'autrui, comme dans le cas de constitut possessoire dont nous parlerons plus loin.

Perte du corpus et de l'animus. — On perd à la fois le *corpus* et l'*animus* lorsqu'on fait tradition d'une chose à une personne avec l'intention de lui faire acquérir la propriété.

** § 2. — Protection de la possession.

Interdits possessoires. — *Définition.* — La possession était protégée par des moyens de procédure créés spécialement par le Préteur, et connus sous le nom d'interdits possessoires.

Explication. — L'interdit était un ordre par lequel le magistrat ordonnait ou défendait quelque chose. Cet ordre était rendu sans vérification des faits. Et alors de deux choses l'une : ou bien l'ordre était obéi. Dans ce cas il avait produit tout son effet ; tout était terminé. Ou bien, l'ordre n'était pas respecté, et alors, une instance s'ouvrait pour savoir si l'interdit avait été régulièrement délivré et pour faire condamner à des dommages-intérêts celui qui y avait contrevenu à tort.

Deux classes d'interdits possessoires. — On distingue deux classes d'interdits possessoires :

1° Les interdits *retinendæ possessionis causa* ;

2° Les interdits *recuperandæ possessionis causa.*

Interdits retinendæ possessionis causa. — *Définition.* — Ce sont ceux qui ont pour but de faire reconnaître la possession et de faire cesser le trouble qui y est apporté par un tiers.

Deux sortes. — Il y en avait deux :

L'un pour les meubles, l'interdit *utrubi* ;

L'autre pour les immeubles, l'interdit *uti possidetis*.

Ces deux expressions étaient empruntées aux premiers mots de la formule prononcée par le magistrat (1).

Différence quant à l'issue du procès — Entre les deux interdits existait cette différence essentielle, que, dans l'interdit *uti possidetis* celui là triomphait qui possédait au moment de la délivrance de l'interdit, tandis que dans l'interdit *utrubi*, celui-là

(1) La formule de l'interdit *utrubi* était : « *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni nec vi, nec clam, nec precario ab altero fuit quo minus is eum ducat vim fieri veto.* » La formule de l'interdit *uti possidetis* : « *Uti easædes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto.* »

triomphait qui avait possédé le plus longtemps, dans l'année précédente. Justinien assimila l'interdit *utrubi* à l'interdit *uti possidetis*.

Interdits recuperandæ possessionis causâ. — *Définition.* — Ce sont ceux qui ont pour but de faire recouvrer une possession perdue.

Deux principaux. — Il y en avait deux principaux :

L'interdit *de precario* ;

L'interdit *unde vi*.

Interdit de precario. — C'était le moyen donné à celui qui avait concédé sa chose à précaire pour se la faire restituer à première réquisition.

Interdit unde vi. — Etait donné à celui qui avait été expulsé violemment d'un immeuble pour se faire remettre en possession.

Comment expliquer la protection de la possession ? — *Position de la question.* — Comment expliquer qu'on ait protégé la possession en elle-même au profit de celui qui n'est pas propriétaire et qui sait pertinemment qu'il n'est pas propriétaire ?

Explication de Savigny. — D'après Savigny (1), il faudrait l'expliquer par le souci de la paix publique. C'est pour empêcher que les individus puissent se faire justice à eux-mêmes, qu'on a établi à leur profit des interdits, qui seraient comme des actions pénales destinées à protéger l'état de fait existant.

Explication de de Ihering (2). — D'après de Ihering, en protégeant la possession par les interdits c'est la propriété même qu'on a voulu protéger. Le procédé de l'interdit est plus commode que l'action en revendication, parce qu'il dispense le propriétaire de faire la preuve de sa propriété, preuve toujours difficile à fournir. Sans doute il peut arriver qu'un possesseur sans titre, un voleur, par exemple, en profite. Mais c'est une hypothèse plutôt rare que le Préteur devait négliger Dans la majorité des cas le possesseur sera en même temps propriétaire.

(1) Savigny (1779 à 1861) est le fondateur de l'Ecole historique. Comme ouvrages principaux il a laissé le Système de droit romain, un Traité de la possession et une Histoire du droit romain au moyen âge.

(2) de Ihering, savant allemand comme Savigny, a laissé comme principal monument son ouvrage en quatre volumes de l'*Esprit du droit romain*, traduit par O. de Meulenaere.

***SECTION V. — DIFFÉRENTES MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ

Notions préliminaires.

Diverses classifications. — On a proposé diverses classifications des modes d'acquérir :

Modes d'acquérir universels ou à titre particulier ;

Modes d'acquérir dérivés ou originaires ;

Modes d'acquérir du droit civil ou du droit des gens ;

Modes d'acquérir conventionnels ou non conventionnels.

1re Classification : Modes d'acquérir universels et modes d'acquérir à titre particulier. — *Définition.* — Les modes d'acquérir universels sont ceux qui vous font acquérir un patrimoine, tels la succession, la *conventio in manum* pour le mari quand la femme est *sui juris*, l'adrogation pour l'adrogeant. Les modes d'acquérir particuliers font acquérir un objet déterminé.

Intérêt pratique. — L'intérêt pratique est le suivant :

L'acquéreur à titre universel est tenu au paiement des dettes de celui auquel il succède, à la différence de l'acquéreur à titre particulier.

2e Classification : Modes d'acquérir dérivés ou originaires. — *Définition.* — Un mode d'acquérir originaire est celui qui vous fait acquérir une chose n'appartenant à personne ; il n'y en a qu'un, l'occupation ; tandis que le mode d'acquérir dérivé vous fait acquérir une chose du précédent propriétaire.

Intérêt pratique. — L'acquéreur dérivé subit les charges réelles, servitudes et hypothèques, que le précédent propriétaire avait constituées sur la chose, tandis que l'acquéreur originaire acquiert la chose franche de toute charge.

3e Classification : Modes d'acquérir du droit civil et du droit des gens. — *Enumération.* — Etaient modes d'acquérir du droit civil : la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, l'*usucapio*, l'*adjudicatio* et la loi.

Etaient modes d'acquérir du droit des gens : l'occupation, la tradition et, d'après certains auteurs, l'accession.

Intérêt pratique. — Les modes d'acquérir du droit civil ne

pouvaient être employés que par ceux qui avaient le *jus commercii*, tandis que les modes d'acquérir du droit des gens pouvaient être employés par les pérégrins.

4e Classification : Modes d'acquérir conventionnels et non conventionnels. — *Définition.* — Les modes d'acquerir conventionnels sont ceux qui ont lieu à la suite d'un accord de volontés entre l'aliénateur et l'acquéreur. Les modes d'acquérir non conventionnels sont ceux qui n'impliquent aucun accord semblable.

Enumération. — Les modes d'acquérir conventionnels étaient : la *mancipatio*, la *cessio in jure*, la tradition. Les modes d'acquisition non conventionnels étaient : l'occupation, l'usucapion, l'adjudication et la loi.

Division de la section. — Nous diviserons la section V en deux chapitres :

Chapitre Ier. — Des modes d'acquisition conventionnels.

Chapitre II. — Des modes d'acquisition non conventionnels.

CHAPITRE PREMIER. — DES MODES D'ACQUISITION CONVENTIONNELS.

*** **Différence essentielle entre le droit romain et le droit français.** — Tandis qu'en droit français le seul consentement suffit pour opérer le transfert de propriété d'un corps certain dans les rapports des deux parties contractantes, vendeur et acheteur, il en était autrement en droit romain. La vente ne faisait pas acquérir par elle-même la propriété à l'acheteur. C'était un contrat engendrant une simple obligation. L'acheteur ne devenait propriétaire que quand le vendeur, en exécution de son obligation, lui avait fait *mancipatio*, *cessio in jure* ou tradition de la chose vendue.

En sorte que si, aujourd'hui, on peut employer comme synonymes les mots vendre et aliéner, il n'en était pas de même en droit romain.

Division du chapitre. — Nous étudierons successivement.

§ 1. — *Mancipatio.*

§ 2. — *In jure cessio.*

§ 3. — Tradition.

** § 1. — Mancipatio.

Formalités. — La *mancipatio* était un mode d'acquérir solennel comportant la présence : de l'aliénateur, de l'acquéreur, de cinq témoins, citoyens romains et pubères, et d'un porte-balance, *libripens*.

L'acquéreur prenant par la main (*manu capiens*) l'objet qu'il voulait acquérir disait : « Je déclare que cette chose m'appartient d'après le droit quiritaire et que je l'ai achetée avec cette pièce d'airain et par cette balance. »

En même temps, il frappait avec sa pièce l'un des plateaux de la balance.

Raisons d'être de ces formalités. — Au début la mancipation était employée pour réaliser une vente véritable, au comptant, avec paiement du prix. Or la monnaie à cette époque n'était pas émise encore par l'Etat sous forme de pièces qu'il suffit de compter. On se servait de lingots bruts qu'on pesait chaque fois pour en déterminer le poids et la valeur ; d'où la nécessité d'une balance et on frappait le lingot contre le plateau de la balance pour bien constater la qualité du métal qu'on donnait à son vendeur.

Lorsque, plus tard, la monnaie fut fabriquée par l'Etat et émise sous sa garantie, il devint inutile de la faire peser et de la faire sonner. Mais par respect de la tradition ancienne, on conserva les anciennes pratiques, à titre de pur symbole.

Généralisation de la mancipation. — Tout d'abord, la mancipation fut employée pour réaliser une vente véritable et au comptant ; mais de bonne heure on l'utilisa d'une façon générale pour opérer le transfert de propriété d'une chose en vertu d'un titre quelconque, vente à crédit, donation, paiement, etc. Il n'y avait alors qu'un simulacre de vente (*imaginaria venditio*).

Champ d'application. — La *mancipatio* supposait pour son application :

1° Que les deux parties avaient le *jus commercii* ;

2° Que la chose était une *res mancipi*.

Disparition de la mancipation. — La mancipation tomba en désuétude vers la fin de l'époque classique et elle fut abolie par Justinien.

** § 2. — In jure cessio.

Définition. — C'est un mode d'acquérir qui consiste dans une sorte d'abandon que fait le propriétaire de sa chose à l'acquéreur devant le magistrat (*cessio* abandon, *in jure*, devant le magistrat) sous la forme d'un procès fictif.

Formalités. — L'aliénateur et l'acquéreur allaient devant le Préteur, avec la chose. L'acquéreur désignant l'objet disait : Je déclare que cette chose m'appartient. L'aliénateur ne contredisait pas cette prétention. Le Préteur constatait que l'acquéreur était propriétaire.

L'affranchissement *vindicta* procède de même, nous l'avons vu.

Champ d'application. — La *cessio in jure* supposait que les deux parties avaient le *jus commercii* ; mais elle s'appliquait également aux *res mancipi* comme aux *res nec mancipi*.

Comparaison avec la mancipatio. — *Différences.* — 1° Au point de vue des formes, la *mancipatio* exigeait cinq citoyens romains comme témoins, et un *libripens*, mais elle se passait hors de la présence du magistrat. Au contraire, la *cessio in jure* se déroulait devant le préteur, mais n'exigeait ni témoins, ni *libripens*.

2° Au point de vue de l'application, la *mancipatio* ne s'appliquait qu'aux *res mancipi* tandis que l'*in jure cessio* concernait les *res mancipi* comme les *res nec mancipi*.

Ressemblances. — 1° Ce sont deux modes d'acquérir du droit civil, impliquant le *jus commercii* en la personne des parties en cause

2° Ce sont deux *actus legitimi*, deux actes solennels, ne comportant l'adjonction, ni d'un terme, ni d'une condition.

D'autant plus que dans les deux actes l'acquéreur affirme l'existence d'un droit actuel ; il proclame qu'il est propriétaire : ce qui ne peut se concilier avec un terme ou une condition.

3° Ce sont deux actes impliquant la présence réelle des deux intéressés : n'admettant pas de représentation par mandataire. Ainsi, nous l'avons dit plus haut, le tuteur ne pouvait pas faire un de ces actes pour son pupille même *infans*. L'affirmation de l'acquéreur qu'il est propriétaire ne peut profiter qu'à lui et l'adhésion tacite de l'aliénateur n'est opérante que si elle émane du propriétaire en personne.

4° Les deux actes exigeaient l'apport de la chose pour procéder à l'accomplissement de ses formes.

Disparition de l'in jure cessio. — L'*in jure cessio* dont les formalités étaient gênantes, en raison de la présence obligatoire du magistrat, tomba d assez bonne heure en décadence et disparut sous Justinien.

*** § 3 — Tradition.

Définition. — La tradition est un mode d'acquérir consistant dans la remise matérielle d'une chose par l aliénateur à l'acquéreur, sous certaines conditions déterminées.

Caractère. — C'est un mode d'acquérir du droit des gens, à la différence de la *mancipatio* et de la *cessio in jure*. Il pouvait donc être employé par les pérégrins.

Conditions requises pour l'aliénation. — Toute tradition n'est pas translative de propriété. Je puis vous remettre une chose à titre de louage ou de prêt à usage ; il y aura seulement transfert de la détention. Pour qu'il y ait transfert de propriété il faut :

1° La remise matérielle de l objet ;

2° Une *justa causa traditionis* ;

3° Un objet susceptible d'être acquis par ce procédé.

Nous allons les passer en revue successivement.

1re Condition : Remise matérielle de l objet. — *Explication.* Pour qu'il y ait tradition il faut qu'il ait y dépossession de l'aliénateur et mise en possession de l acquéreur.

Au début tradition effective. — Au début il fallait dépossession matérielle du *tradens*, et appréhension réelle de l'*accipiens* (1).

Tradition simplifiée. — Plus tard, on admit qu une tradition simplifiée suffirait, par exemple : la remise des clefs pour un immeuble, la remise des titres de propriété pour un esclave, l'indication des limites d'un champ du haut d'un tertre, pour un terrain (tradition *longa manu*, de longue main).

*** *Constitut possessoire.* — C'est un pacte joint à une vente et par lequel le vendeur convenait que, tout en conservant la chose en son pouvoir, il posséderait désormais pour le compte de l acheteur. L'insertion de cette clause avait pour effet d'opérer transfert de propriété du vendeur à l'acquéreur, sans déplacement maté-

(1) Cependant, pour les meubles d'un volume ou d'un poids considérable, colonnes de marbre, tas de bois (*acervus lignorum*) il suffisait d'établir à côté d'eux un gardien.

riel de l'objet vendu. On supposait accomplir une double tradition, alors qu'en réalité l'objet n'avait pas changé de place. Le vendeur était censé avoir remis la chose à l'acheteur pour lui en transférer la propriété, et l'acheteur à son tour était censé avoir remis la simple détention au vendeur à titre de locataire ou de dépositaire. C'était une tradition faite de brève main, *brevi manu* (1).

Cette clause a joué un rôle considérable dans l'histoire du transfert de propriété. Elle fut, en effet, très usitée dans notre ancien droit sous le nom de clause de dessaisine saisine, *devest vest* ; elle devint clause de style. Il suffit dès lors de la sous entendre dans le Code civil pour arriver à la formule de l'article 1138 d'après laquelle le seul consentement suffit pour opérer le transfert de propriété (2).

*** 2e **Condition : Justa causa traditionis.** — *Définition.* — On entend par *justa causa traditionis* l'intention d'aliéner chez le *tradens* (celui qui fait la tradition) et l'intention d'acquérir chez l'*accipiens* (celui qui reçoit).

Cette intention corrélative est indispensable ; autrement la tradition vous fait acquérir la détention ou la possession, mais non la propriété.

*** *Différence entre justa causa et juste titre* (3). — Cette *justa causa* résulte toujours d'un acte juridique antérieur à la tradition et pour l'exécution duquel les parties font la tradition : vente, donation, constitution de dot, etc. Mais il ne faut pas confondre la *justa causa* avec cet acte juridique. Ce qui est indispensable, c'est l'intention d'aliéner et d'acquérir, et nullement le titre qui l'implique.

Conséquence pratique. — Il en résulte que la tradition opère transfert de propriété, lorsqu'il y a intention d'aliéner et d'acqué-

(1) Une autre application de tradition *brevi manu* se rencontre dans le cas où l'acheteur avait la chose vendue en son pouvoir au moment de la vente. Il suffisait alors d'un simple déplacement de l'*animus* pour opérer transfert de propriété. Il suffisait qu'avec le consentement du vendeur l'acheteur cessât de posséder la chose comme détenteur et possédât désormais en qualité de propriétaire.

(2) Voir notre *Manuel de droit civil*, I, p. 433, *Histoire du droit*, p. 248.

(3) Dans ce sens, Girard, p. 293 et 294. Certains auteurs enseignent que la *justa causa* se confond avec le juste titre : ils aboutissent tout de même à des conclusions identiques en disant que la *justa causa* n'est pas nécessaire pour le transfert de propriété par tradition, qu'il suffit qu'il y ait *animus*, c'est-à-dire intention d'aliéner et d'acquérir.

rir chez l'aliénateur et chez l'acquéreur, quand même l'acte juridique antérieur (donation ou vente) est nul.

Exemple : je vous fais tradition d'un livre avec l'intention de vous le vendre ; vous le recevez croyant que je vous le donne. Il n'y a ni vente, ni donation, faute d'accord de volontés. Y a-t il transfert de propriété ? Oui : parce qu'il y a intention d'aliéner chez le *tradens* et intention d'acquérir chez l'*accipiens*

En d'autres termes, ce que les Romains envisageaient, c'était non le but que les parties avaient en vue, la cause finale de l'acte ; mais sa cause efficiente c'est-à-dire ses éléments constitutifs ou générateurs. Du moment que ces éléments étaient réunis, l'acte produisait ses effets quand même le but que les parties s'étaient proposé n'était pas atteint.

3e Condition : Objet adéquat. — Ne peuvent pas être transférées en pleine propriété par la tradition :

1° *Les res mancipi*. Choses romaines par excellence, elles ne comportent que l'application des modes romains, tels que la *mancipatio* et la *cessio in jure*. Mais nous avons vu plus haut comment cette solution avait été tempérée par le droit prétorien, à l'aide de la théorie de l'*in bonis habere*.

2° Les choses incorporelles. Parce que n'étant pas susceptibles de possession, elles ne peuvent faire l'objet d'une tradition qui consiste dans la remise de la possession d'une chose par l'aliénateur à l'acquéreur.

Importance de la tradition à la fin du droit romain. — A la fin du droit romain la tradition prit une importance considérable comme mode d'acquérir la propriété ; la *mancipatio* et l'*in jure cessio* étant tombées en désuétude, elle continua à être appliquée et elle subsista seule sous Justinien comme mode conventionnel d'aliéner et d'acquérir.

CHAPITRE II. — DES MODES D'ACQUISITION NON CONVENTIONNELS.

Enumération. — Les modes d'acquérir non conventionnels sont : l'occupation, l'usucapion, l'adjudication, la loi et l'accession. Nous consacrerons un paragraphe spécial à chacun d'eux.

§ 1. — Occupation.

Définition. — L'occupation est un mode d'acquérir qui consiste

dans la prise de possession d'une chose n'appartenant à personne.

Eléments constitutifs. — Pour qu'il y ait occupation la réunion de deux conditions est indispensable :

1° Il faut une prise de possession ;

2° Il faut qu'elle porte sur une chose n'appartenant à personne.

Cas d'application. — *Occupatio bellica.* — Le cas le plus important d'occupation a été longtemps, à Rome, le butin fait à la guerre, en meubles ou immeubles. le respect de la propriété privée n'étant pas admis à cette époque, même dans la guerre continentale.

Autres cas. — On peut encore citer, comme cas d'occupation : la pêche, la chasse, la prise de possession des coquillages sur les bords de la mer, ou d'une île formée dans la mer.

*** § 2. — Usucapion.

Définition. — L'usucapion est un mode d'acquérir la propriété par la possession prolongée et sous certaines conditions déterminées par la loi

Evolution historique. — Tout d'abord l'usucapion exista seule ; plus tard à côté d'elle le droit honoraire établit une autre institution, la *præscriptio longi temporis* ; enfin, sous Justinien, l'unité législative fut de nouveau réalisée par la fusion de l'usucapion et de la *præscriptio longi temporis*.

Division du paragraphe. — Nous étudierons donc successivement :

a) L'usucapion.

b) La *præscriptio longi temporis* ;

c) Le droit de Justinien.

*** a) *L'usucapion.*

Cas d'application pratique. — L'usucapion s'appliquait dans deux cas :

1er *Cas : Aliénation d'une res mancipi par simple tradition.* — Nous avons vu. déjà. que d'après le droit civil, l'*accipiens* ne devenait pas propriétaire. Mais au bout d'un an de possession pour un meuble et de deux ans pour un immeuble, il acquérait la propriété.

Dans ce cas, l'usucapion avait pour effet de régulariser une

acquisition qui était viciée quant à sa forme, mais qui émanait du véritable propriétaire.

2e *Cas : Acquisition d'une chose, mancipi ou nec mancipi, d'un non propriétaire.* Celui qui reçoit une chose d'un autre que du véritable propriétaire n'acquiert pas la propriété. Car on ne peut pas transmettre plus de droit qu'on n'en a soi-même. La propriété lui était acquise par usucapion au bout d'un an ou de deux ans de possession.

Dans ce cas, l'usucapion régularisait une acquisition défectueuse dans son principe, en raison d'un défaut de qualité chez l'aliénateur.

Justification de l'usucapion. — L'usucapion paraît bien, dans le second cas, porter une atteinte directe à la propriété. Elle se justifie cependant à deux points de vue :

1° L'usucapion, dit-on, fournit le seul mode de preuve inébranlable du droit de propriété. Sans lui, le droit du propriétaire serait toujours sujet à contestation : car il serait d'une preuve impossible. Il faudrait, en effet, démontrer qu'on tenait la chose du véritable propriétaire, lequel la tenait également du véritable propriétaire et ainsi de suite jusqu'au premier occupant. Avec l'usucapion, au contraire, il suffit d'établir qu'on a possédé pendant le temps requis et avec les conditions exigées par la loi.

2° Si, par impossible, exceptionnellement l'usucapion aboutit à ce résultat de dépouiller le véritable propriétaire de son droit, cela suppose une négligence inexcusable de ce dernier, dont il est juste qu'il supporte les conséquences.

*** **Conditions requises pour l'usucapion.** — *Historique.* — Au sujet de ses conditions de réalisation, d'après une opinion très vraisemblable, l'usucapion serait passée par trois phases successives.

Dans une première phase on n'exigeait que deux conditions :

1° La possession pendant un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles ;

2° Que la chose possédée ne fût pas une chose volée.

Dans une seconde phase, qui commence avant la fin de la République, on exige, en outre que le début de la possession n'ait été entaché d'aucun vice, de violence ou de clandestinité (*justum initium possessionis*).

Enfin, dans la phase définitive, qui se place entre le Ier et le IIe siècle de notre ère, on exige en outre, juste titre et bonne foi.

Enumération. — En se plaçant dans la phase définitive de son

histoire, on voit que quatre conditions sont requises pour que l'usucapion soit accomplie :

1° Possession prolongée ;

2° Juste titre ;

3° Bonne foi ;

4° Chose susceptible d'être usucapée.

Cependant, la bonne foi n'est pas nécessaire pour transformer la propriété bonitaire en propriété quiritaire.

1re Condition : Possession prolongée. — *Durée nécessaire.* — La possession doit durer un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles.

Jonction de possession. — D'ailleurs, le possesseur actuel pouvait joindre au temps de sa possession personnelle le temps pendant lequel son auteur avait lui-même possédé.

Pour un acquéreur à titre universel, un héritier par exemple, il y avait continuation de possession plutôt que possession nouvelle, en sorte que l'acquéreur profitait des qualités que présentait la possession chez son auteur et subissait les vices dont elle pouvait être entachée.

Au contraire, pour un acquéreur à titre particulier, il y avait possession nouvelle, qui devait être examinée en elle-même et indépendamment de la possession de son auteur (1).

2e Condition : Juste titre. — *Définition* — Le juste titre est l'acte juridique qui précède la tradition et pour l'exécution duquel la tradition intervient.

Différence avec la justa causa traditionis. — Le juste titre ne doit pas être confondu avec la *justa causa* dans la tradition. Le juste titre c'est l'acte juridique lui-même, vente, donation, paiement, etc., tandis que la *justa causa* c'est l'intention d'aliéner chez le *tradens*, l'intention d'acquérir chez l'*accipiens*.

Je vous fais tradition d'un meuble avec l'intention de vous le vendre ; vous croyez que je vous le donne, il n'y a ni vente, ni donation, mais il y a intention corrélative d'aliéner et d'acquérir.

En conséquence, si je suis propriétaire de ce meuble, vous en aurez acquis la propriété par tradition ; car il y a *justa causa traditionis.* Si je ne suis pas propriétaire de ce meuble, vous ne pourrez pas l'usucaper, parce qu'il n'y a pas juste titre ; à quel

(1) Sur tous ces points les règles sont les mêmes qu'en droit français, voir notre *Manuel*, t. I, p. 456.

titre l'usucaperiez-vous ? Cela ne peut être ni comme acheteur, ni comme donataire.

Indication du titre. — Pour indiquer à quel titre on usucapait on se servait de l'expression *pro*. On disait qu'on usucapait *pro emptore*, *pro donato*, *pro soluto*, *pro dote*, etc.

3e Condition : Bonne foi — *Définition.* — La bonne foi est la croyance chez l'*accipiens* que l'aliénateur était véritable propriétaire de la chose qu'il lui a livrée.

A quel moment elle doit exister. — Comme en droit français, il suffit qu'elle existe au moment de la prise de possession. C'est ce qu'on exprimait en disant *mala fides superveniens non impedit usucapionem* (La mauvaise foi survenant n'empêche pas l'usucapion).

Preuve. — On présume que le possesseur est de bonne foi. C'est au revendiquant à démontrer le contraire.

4e Condition : Choses susceptibles d'usucapion. — *Enumération.* — N'étaient pas susceptibles d'usucapion :

a) Les choses incorporelles ;

b) Les fonds provinciaux ;

c) Les choses volées ;

d) Les immeubles acquis par violence.

a) *Choses incorporelles.* — Les choses incorporelles ne sont pas susceptibles de possession ; elles ne comportent pas d'usucapion. Mais, nous verrons plus loin, à propos des servitudes, la réforme qui fut admise à cet égard par le Préteur

b) *Les fonds provinciaux.* — Ils ne peuvent pas être acquis par voie d'usucapion, parce qu'ils ne sont pas susceptibles de propriété privée. C'est pour eux qu'oni nventera plus tard la *præscriptio longi temporis*.

c) *Les choses volées.* — L'usucapion des choses volées fut interdite tout d'abord par la loi des XII tables. Cette interdiction fut confirmée plus tard par la loi Atinia.

Le vice de furtivité empêchait l'usucapion de la part de toute personne, même de la part d'un acquéreur de bonne foi.

Il était purgé et l'usucapion redevenait possible, lorsque la chose volée était revenue en la possession de son propriétaire, ou lorsque ce dernier avait eu la possibilité de la ravoir.

d) *Immeubles acquis par violence.* — L'usucapion des immeubles acquis par violence fut interdite par la loi Plautia, confirmée sous Auguste par la loi Julia *de vi*. L'usucapion était im-

possible même de la part de celui qui de bonne foi avait acquis de l'auteur de la violence.

Cas exceptionels d'usucapion. — *Enumération.* — Les deux principaux cas exceptionnels d'usucapion étaient :

L'usucapion *pro herede* ;

Et l'*usureceptio*.

** *Usucapio pro herede.* — Lorsqu'une hérédité était jacente, c'est-à-dire lorsque personne ne se présentait pour la recueillir, le premier venu pouvait se mettre en possession de cette hérédité et l'acquérir au bout d'un an sans juste titre ni bonne foi

Le but de cette institution était d'éviter que le culte privé (*sacra privata*) ne fût délaissé trop longtemps.

Cette institution fut abolie par Hadrien Et Marc-Amèle punit, par un *crimen expilatæ hereditatis*, ceux qui tenteraient de s'emparer d'une hérédité sur laquelle ils n'auraient aucun droit.

Usureceptio — C'était une usucapion exceptionnelle en ce qu'elle n'exigeait ni juste titre ni bonne foi. C'était un moyen de recouvrer par l'usage (*usu recipere*) une chose qu'on avait confiée à une autre personne et qui ne vous l'avait pas rendue (1).

Effets de l'usucapion. — Lorsque le délai d'usucapion était accompli le possesseur devenait propriétaire quiritaire. Mais il acquérait la chose telle qu'elle était avec les charges réelles qui la grevaient, servitudes et hypothèques.

*** b) *La præscriptio longi temporis.*

Insuffisance de l'usucapion. — L'usucapion présentait une double lacune :

1° Etant un mode d'acquérir du droit civil, elle ne pouvait être invoquée par les pérégrins ;

2° Etant un mode d'acquérir la propriété quiritaire, elle ne s'appliquait pas aux fonds provinciaux. En sorte que celui qui acquérait *a non domino* un fonds provincial ne pouvait pas régulariser son acquisition par une possession prolongée ; et d'autre

(1) Cela se présentait au cas de gage et de prêt à usage. Pour le comprendre, il faut savoir qu'au début à Rome le gage et le prêt à usage impliquaient pour se former le transfert de la propriété de la chose à l'emprunteur ou au créancier gagiste qui, par un contrat de fiducie, s'engageait à la retransférer ensuite. Or l'emprunteur ou le créancier gagiste pouvait manquer à sa parole et disposer de la chose. C'est pour faciliter au débiteur gagiste et au prêteur la reprise de cette chose qu'on décidait qu'il en acquerrait la propriété par un an de possession, de quelque façon qu'il l'aurait recouvrée, sans juste titre ni bonne foi.

part il n'y avait pas pour faire la preuve de la propriété provinciale un mode de preuve aussi commode que l'usucapion.

C'est pour combler cette double lacune que le droit honoraire imagina la prescription *longi temporis*.

Evolution historique. — *Præscriptio simple moyen de défense.* — Pour réaliser cette réforme, le magistrat proclama un jour dans son édit, qu'il défendrait contre la revendication celui qui aurait possédé un fonds provincial avec juste titre et bonne foi, pendant 10 ans entre présents et 20 ans entre absents.

Et ce moyen de défense indirect, au lieu de l'appeler *exceptio*, il le dénomma *præscriptio longi temporis*, parce qu'il devait être mis en tête de la formule (*præ scribere*).

Cette exception suffisait pour protéger le possesseur tant qu'il était en possession. Mais s'il venait à perdre la possession il ne pouvait pas s'en servir pour recouvrer l'immeuble.

Præscriptio mode d'acquérir. — Alors, complétant l'œuvre déjà commencée, à une époque postérieure et également indéterminée, un autre magistrat déclara qu'en pareil cas il donnerait une action à celui qui remplirait les conditions de la *præscriptio longi temporis* pour recouvrer sa possession perdue.

A partir de ce moment, on put dire que la *præscriptio longi temporis* était un mode d'acquérir analogue à l'usucapion.

Conditions de la præscriptio longi temporis. — La *præscriptio longi temporis* exige pour sa réalisation, comme l'usucapion :

Juste titre ;

Bonne foi ;

Possession prolongée. Mais le délai était plus long : 10 ans lorsque celui contre lequel on prescrivait était domicilié dans la province où était situé l'immeuble, 20 ans lorsqu'il était domicilié ailleurs.

Effets de la præscriptio longi temporis. — Ainsi que nous l'avons expliqué, l'effet de la *præscriptio longi temporis* a varié suivant les époques.

Au début, elle procurait au possesseur une simple exception. Plus tard, elle lui faisait acquérir la propriété prétorienne.

Différences entre l'usucapion et la præscriptio longi temporis. — Ces différences sont nombreuses :

1° L'usucapion est un mode d'acquérir du droit civil ; elle ne s'applique ni aux pérégrins ni aux fonds provinciaux. La *præscriptio longi temporis* est, dans sa forme définitive, un mode d'ac-

quérir du droit des gens applicable aux pérégrins et aux fonds provinciaux.

3° L'usucapion fait acquérir au possesseur la propriété quiritaire ; la *præscriptio longi temporis*, la propriété prétorienne.

4° L'usucapion n'était pas interrompue par la demande en justice, elle continuait pendant le cours du procès, après la *litis contestatio*. Au contraire, la *præscriptio longi temporis* était interrompue par la *litis contestatio*.

5° L'usucapion faisait acquérir la chose avec les charges réelles, notamment les hypothèques qui la grevaient. Au contraire, la *præscriptio longi temporis*, en même temps qu'elle court contre le véritable propriétaire peut courir contre les créanciers hypothécaires, à l'effet d'éteindre leur droit d'hypothèque. C'est en cela que ceux qui avaient le *jus commercii* avaient eux-mêmes intérêt à invoquer parfois la *præscriptio longi temporis*.

c) *Droit de Justinien*.

Raison de la fusion des deux institutions. — Ces deux institutions n'eurent plus lieu d'être distinguées le jour où, depuis Caracalla tous les habitants de l'empire étaient citoyens et le jour où les fonds provinciaux furent susceptibles de propriété quiritaire.

Quand et comment elle s'opéra. — *Quand ?* — La fusion de ces deux institutions fut réalisée par Justinien en l'an 531.

Comment ? — On conserva l'expression de *præscriptio longi temporis* pour les immeubles avec le délai de 10 à 20 ans. On réserva le nom d'usucapion pour les meubles, avec un délai de trois ans. Les conditions de bonne foi et de juste titre étaient exigées dans les deux cas.

De la præscriptio longissimi temporis. — Lorsque le possesseur d'un immeuble n'avait ni juste titre ni bonne foi (1), au bout de trente ans, il ne devenait pas propriétaire de l'immeuble comme aujourd'hui, mais il ne pouvait plus être actionné en revendication, le véritable propriétaire ayant perdu son action par le laps de temps. Il y avait alors *præscriptio longissimi temporis* (de très long temps), qui n'était pas acquisitive, mais purement extinctive. C'était l'application de la règle posée par Théodose II

(1) D'après une constitution de Justinien de l'an 528, lorsque le possesseur avait bonne foi sans juste titre, il pouvait acquérir la propriété d'un immeuble au bout de trente ans de possession (Girard, *op. cit.*, p. 291).

en 424, d'après laquelle toutes les actions, tant réelles que personnelles, s'éteignent par trente ans.

§ 3. — Adjudication.

Définition. — L'adjudication c'est l'attribution faite par le juge de la propriété d'un bien indivis à l'un des copropriétaires.

Cas d application. Elle se rencontrait à l occasion de l'exercice en justice de trois actions : *actio familiæ erciscundæ* ou partage d'une hérédité, *communi dividundo*, ou partage d'une chose commune résultant de toute autre cause, *finium regundorum* ou en bornage de deux fonds contigus.

§ 4. — La loi.

Cas d'application. — L'acquisition par la loi a lieu dans trois cas : le trésor, les fruits et l'accession.

1° Acquisition du trésor. — *Définition*. — Le trésor est une chose enfouie ou cachée, découverte par le pur effet du hasard, et sur laquelle personne ne peut justifier son droit de propriété.

Attribution. — Le trésor appartient à celui qui l'a trouvé, à l'inventeur. Si le terrain sur lequel il est découvert appartient à une autre personne, il y a partage par moitié entre l'inventeur et le propriétaire du sol.

2° Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. — *Règle*. — Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.

Application. — Cette règle s'applique dans le cas de revendication. Le possesseur est tenu de restituer l'immeuble à son propriétaire. Mais il garde les fruits.

Raison de cette solution. — Ce n'est pas, comme le dit Justinien dans ses Institutes, en raison des soins qu'il a pris de la chose, *pro culturâ* et *curâ*. Non. C'est parce que se croyant propriétaire il a dû, comme un propriétaire, employer les fruits pour vivre (*lautius vivendo*). L'obliger à restituer ces fruits au propriétaire, ce serait lui infliger un préjudice qu'il ne mérite pas en raison de sa bonne foi, au profit d'un propriétaire, peu intéressant à cause de sa négligence.

Comment le possesseur acquiert les fruits. — A l'époque classique, le possesseur acquérait les fruits à partir du moment où ils étaient séparés de l'immeuble. Mais, sous Dioclétien, on l'obligea

à rendre les fruits existant encore ; il ne put conserver que les fruits consommés.

Restitution des fruits à partir de la litis contestatio. — En outre, il doit rendre les fruits qu'il a perçus à partir de la *litis contestatio* ; parce que c'est à ce moment que le juge doit se reporter pour déterminer les éléments de sa sentence.

3° **Accession** : *Ce qu'il faut entendre par là.* — Sous ce nom d'accession, certains auteurs autrefois groupaient différents cas d'acquisition de la propriété qui, d'après eux, procéderaient en droit romain de cette idée que le propriétaire d'une chose principale doit être reconnu propriétaire des choses accessoires qui s'y rattachent étroitement. Et les rédacteurs du Code civil adoptant cette manière de voir ont consacré tout un chapitre à reproduire ces solutions sous le nom d'accession. En réalité ce n'est pas là une théorie vraiment romaine.

Lorsqu'une chose s'incorpore dans une autre chose au point de perdre son individualité, le propriétaire ne peut plus la réclamer parce qu'elle a perdu son individualité. Et le propriétaire de la chose qui l'a absorbée profite de cette plus value sans qu'on puisse dire qu'il y ait là à proprement parler un mode particulier d'acquérir.

Principaux cas d'application. — Les principaux cas d'application sont, comme en droit français :

1° La construction d'immeuble avec les matériaux d'autrui, ou sur le sol d'autrui ;

2° L'alluvion, l'avulsion, l'île formée dans un cours d'eau ;

3° L'adjonction ;

4° La spécification.

SECTION VI. — DES SERVITUDES

Définition. — On entend par servitudes des droits réels établis sur un bien, soit au profit d'une personne autre que le propriétaire, soit au profit d'un fonds appartenant à un autre propriétaire.

Distinction. — De cette définition, il résulte qu'il existe deux sortes de servitudes :

1° Des servitudes personnelles, établies dans l'intérêt d'une personne (l'usufruit, l'usage, l'habitation) ;

2° Des servitudes réelles ou prédiales établies dans l'intérêt d'un fonds, par exemple : le droit de passage le droit de vue, etc.

Caractères communs aux servitudes personnelles et réelles

1° Les servitudes sont des droits, donc des choses incorporelles, non susceptibles de possession ;

2° Les servitudes sont des droits réels et non des droits de créance. Elles n'imposent donc à personne une obligation de faire, mais simplement l'obligation de souffrir leur exercice. Et elles sont opposables à tous.

3° Elles ne peuvent exister que sur un bien appartenant à autrui. On ne peut avoir une servitude sur sa propre chose, *Nemini res sua servit.*

4° Elles constituent des charges exceptionnelles imposées à la propriété. Normalement, la propriété est libre de toute charge.

5° Elles constituent des démembrements de la propriété en ce sens que, quand une servitude grève un bien, les différents attributs du droit de propriété, au lieu d'être réunis entre les mains du propriétaire, sont divisés. Certains restent au propriétaire, d'autres appartiennent au titulaire de la servitude.

Différences entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles.— 1° Comme leur nom l'indique, les servitudes personnelles sont établies au profit d'une personne ; tandis que les servitudes réelles sont établies pour l'usage et pour l'utilité d'un autre fonds ; et si le propriétaire en profite personnellement, ce n'est pas en tant qu'individu, c'est uniquement en tant que propriétaire du fonds dominant.

2° Comme conséquence logique, il suit de là que les servitudes personnelles meurent avec la personne de leur titulaire ; elles sont essentiellement temporaires et viagères ; tandis que les servitudes réelles sont perpétuelles, elles durent autant que le fonds dominant et le fonds servant.

Division de la section. — Nous diviserons la section VII en deux chapitres.

Chapitre Ier. — Des servitudes réelles.

Chapitre II. — Des servitudes personnelles.

*** CHAPITRE PREMIER. — DES SERVITUDES RÉELLES.

Définition. — Les servitudes réelles sont des charges établies sur un fonds, appelé fonds servant, au profit d'un autre fonds, appelé fonds dominant.

Eléments constitutifs. — Les éléments constitutifs des servitudes réelles sont les mêmes en droit romain qu'en droit français ; nous nous bornerons à les rappeler, renvoyant pour les développements à notre *Manuel de droit civil* (I, p. 502) :

1° Il faut que le droit soit établi au profit d'un fonds et non au profit d'une personne ;

2° Il faut que le droit soit établi à la charge d'un fonds et non à la charge d'une personne ;

3° Enfin, le fonds dominant et le fonds servant doivent appartenir à deux propriétaires différents.

Caractères des servitudes réelles. — Comme en droit français elles présentent les caractères suivants :

1° Ce sont des droits réels ;

2° Ce sont des droits accessoires ;

3° Ce sont des démembrements de la propriété ;

4° Ce sont des droits perpétuels ;

5° Ce sont des droits indivisibles.

(Voir *Manuel de droit civil*, I, p. 503.)

Trois points à étudier. — Nous étudierons les trois points suivants au sujet des servitudes réelles :

§ 1. — Classification des servitudes.

§ 2. — Constitution des servitudes.

§ 3. — Extinction des servitudes.

§ 1. — Classification des servitudes.

Classification essentielle. — *Enumération.* — La classification fondamentale des servitudes en droit romain était la suivante : Les servitudes étaient urbaines ou rurales.

*** *Critérium de la distinction.* — D'après l'opinion qui a prévalu sur cette question controversée étaient urbaines les servitudes établies au profit d'un fonds bâti. Etaient rurales ou rustiques les servitudes établies au profit d'un fonds non bâti. C'était

donc la qualité du fonds dominant qui donnait à la servitude son caractère.

Exemples de servitudes urbaines. — Comme exemples de servitudes étant habituellement urbaines, on peut citer :

Le droit de vue ;

Le droit d'égout, *jus stillicidii vel fluminis recipiendi* ;

Le droit d'appui, *oneris ferendi* ;

Le droit d'avoir des saillies sur le fonds voisin (*jus prospiciendi*).

Exemples de servitudes rurales. — On peut citer, comme étant habituellement rurales :

Le droit de passage, avec ses variétés : *iter*, droit de passer à pied ; *actus*, le droit de passer avec des troupeaux, ou des chariots ; *via*, le droit de transporter des matériaux.

Le droit de pacage, *jus pascendi* ;

Le droit d'extraire de la chaux ou du sable, *jus calcis coquendæ, arenæ fodiendæ*, etc.

L'aqueduc et le droit de puiser de l'eau, *aquæ haustus*.

*** *Intérêts pratiques.* — Cette distinction est capitale ; car elle entraîne de nombreuses conséquences pratiques :

1° Les servitudes rurales étaient des *res mancipi*, tandis que les servitudes urbaines étaient des *res nec mancipi* ; d'où cette conséquence que la *mancipatio* s'appliquait aux premières et non aux secondes ;

2° Les servitudes rurales étaient des servitudes discontinues, c'est-à dire exigeant pour s'exercer le fait actuel de l'homme ; tandis que les servitudes urbaines étaient des servitudes continues, c'est-à-dire, s'exerçant d'elles-mêmes, sans le fait actuel de l'homme.

D'où cette conséquence que le simple non usage entraînait l'extinction de la servitude rurale, tandis que pour la servitude urbaine il fallait, en outre, un fait contraire à l'exercice de la servitude ; on disait qu'il y avait pour le fonds servant *usucapio* ou *usurpatio libertatis* ;

3° Les servitudes rurales pouvaient être hypothéquées ; non les servitudes rurales.

*** § 2. — Constitution des servitudes.

Double distinction. — Il y a lieu de distinguer trois législations successives : le droit ancien, le droit prétorien et le droit de Justinien.

Et dans chaque législation il faut distinguer suivant qu'il y a *translatio* ou *deductio* de servitude.

La *translatio* de servitude est la constitution directe d'une servitude

Il y a *deductio* d'une servitude quand on aliène un fonds en retenant sur ce fonds une servitude au profit d'un autre fonds dont on reste propriétaire.

*** a) *Droit ancien.*

Translatio servitutis ou constitution directe de servitudes. — Les servitudes rustiques et urbaines pouvaient s'établir par *in jure cessio*, par adjudication, par legs

Les servitudes rustiques seules pouvaient se constituer par *mancipatio*

Enfin, étant des choses incorporelles non susceptibles de possession elles ne pouvaient pas être acquises par occupation ni tradition. Et cependant, par une curieuse anomalie, elles purent s'acquérir par usucapion jusqu'à la loi Scribonia de l'an 704 de Rome, qui interdit pour l'avenir l'emploi de ce mode.

Deductio servitutis ou constitution indirecte de servitude. — Cette constitution indirecte de la servitude était possible dans un legs, dans une *mancipatio* (1), ou dans une *cessio in jure*; le fonds était aliéné moins la servitude sur le fonds.

Au contraire, on ne pouvait pas constituer une servitude indirectement, par voie de rétention dans une tradition; parce qu'on ne peut pas livrer un fonds, moins une servitude sur ce fonds, puisque c'est une chose incorporelle.

*** b) *Droit prétorien.*

Translatio servitutis. — *Réforme essentielle.* — Le Préteur admit que l'exercice d'une servitude équivalait à la possession de cette servitude et il l'appela *quasi possessio servitutis*

Conséquence pratique. — De là, logiquement on fut amené à conclure que les servitudes pourraient s'acquérir par quasi tradition ou possession prolongée

La quasi tradition consistait pour le propriétaire du fonds dominant à exercer la servitude avec la tolérance du propriétaire du fonds servant, on l'appelait *usus* (exercice) et *patentia* (tolérance).

(1) Même pour une servitude urbaine.

La possession prolongée ou exercice prolongé de la servitude pendant dix ans entre présents, vingt ans entre absents, faisait acquérir la servitude.

On l'appelait *longa possessio* ou *diuturnus usus*.

Pactes et stipulations. Sur les fonds provinciaux, qui n'étaient pas susceptibles de propriété quiritaire, le droit civil n'admettait pas que l'on pût acquérir des servitudes. Le droit honoraire imagina pour y suppléer le procédé du pacte suivi d'une stipulation.

Par le pacte un propriétaire promettait à l'autre de le laisser exercer la servitude. Mais le pacte n'étant pas obligatoire, on le faisait suivre d'une stipulation, par laquelle le propriétaire du fonds servant l'engageait à payer à l'autre une somme d'argent, à titre de peine dans le cas où il mettrait obstacle à l'exercice de la servitude.

Controverse sur l'effet des pactes et stipulations. — Résultait il de là de simples rapports d'obligations en re les deux propriétaires ? ou au contraire de véritables droits réels de servitudes ?

Question importante au point de vue du droit de suite, au cas d'aliénation de l immeuble

Question controversée ! D'après les uns (M. May) il y avait seulement obligations créées entre les deux propriétaires ; parce qu'à Rome un simple pacte et même un contrat ne peut engendrer un droit réel ! D'après d'autres auteurs (M. Girard) il en résultait un véritable droit réel prétorien, de même que l'hypothèque résultait d'un simple pacte.

Deductio servitutis. — Le Préteur admit qu'une servitude pourrait être constituée par voie de *deductio* même dans une tradition.

*** c) *Droit de Justinien*.

Translatio et deductio. — Sous Justinien, la *mancipatio* et la *cessio in jure* n'existent plus, nous le savons. Les servitudes peuvent s'établir par tradition, par legs, par adjudication ou par pactes et stipulations et par possession prolongée.

§ 3. — Extinction des servitudes.

Enumération. — Les servitudes s'éteignent : 1° par renonciation du propriétaire du fonds dominant ;

2° Par la perte du fonds dominant ou du fonds servant.

3° Par la consolidation ou confusion, résultant de la réunion dans le même patrimoine du fonds dominant et du fonds servant.

4° Par le non-usage pendant deux ans à l'époque classique, pendant dix à vingt ans sous Justinien.

Pour les servitudes rurales le point de départ du délai était le jour où pour la dernière fois le propriétaire du fonds dominant avait usé de la servitude. Pour les servitudes urbaines, c'était à partir du jour où il s'était produit un fait contraire à l'exercice de la servitude ; par exemple, pour la servitude de vue lorsque la fenêtre avait été bouchée. On disait qu'il y avait alors *usurpatio* ou *usucapio libertatis*, usucapion de la liberté.

CHAPITRE II. — DES SERVITUDES PERSONNELLES.

Définition. — Les servitudes personnelles sont des droits réels établis au profit d'une personne sur un bien appartenant à une autre personne.

Enumération. — Les servitudes personnelles étaient :

L'usufruit ;

L'usage ;

L'habitation ;

Et les *operæ animalis vel servi*, services d'un animal ou d'un esclave.

Nous consacrerons un paragraphe à l'étude de l'usufruit et un autre paragraphe aux autres servitudes personnelles.

§ 1. — **Usufruit.**

Définition. — L'usufruit est le droit d'user et de jouir d'une chose dont un autre a la propriété, à charge d'en conserver la substance (*salva rerum substantia*).

Caractères juridiques. — L'usufruit est un droit réel, un droit temporaire et un démembrement de la propriété.

1° *C'est un droit réel*, car c'est un droit qui porte directement sur une chose et non un droit existant contre une personne. C'est en cela que l'usufruitier diffère du locataire ou du fermier, qui a un droit de créance contre le propriétaire ou bailleur.

2° *C'est un droit temporaire*, à la différence du droit de propriété et des servitudes réelles qui sont des droits perpétuels. Nor-

malement même il est viager. Il s'éteint par la mort de son titulaire.

3° *C'est un démembrement de la propriété.* — En effet, lorsqu'une chose est grevée d'un droit d'usufruit les attributs du droit de propriété sont séparés : l'usufruitier a sur la chose le droit d'user et de jouir, *usus et fructus* tandis que le propriétaire, appelé pour cela nu propriétaire, n'a que le droit de disposer de la chose, *jus abutendi*.

Choses susceptibles d'usufruit. — *Droit ancien.* — D'après le droit ancien ne pouvaient pas faire l'objet d'un usufruit les choses qui se consommaient par le premier usage. En effet, on ne peut tirer parti de ces choses qu'en les consommant et l'usufruitier n'a pas le droit de détruire la chose qui forme l'objet de son droit.



Réforme de Tibère. — Quasi usufruit. — Un sénatus consulte d'Auguste ou de Tibère admit la possibilité de constituer un usufruit sur les choses qui se consomment par le premier usage. Dans ce cas le droit de l'usufruitier est de disposer de la chose comme s'il en était propriétaire, à charge d'en rendre l'équivalent à la fin de l'usufruit.

Différents points à étudier. — Au sujet de l'usufruit nous étudierons les questions suivantes :

a) Constitution de l'usufruit.

b) Droits de l'usufruitier.

c) Obligations de l'usufruitier.

d) Extinction de l'usufruit.

a) *Constitution de l'usufruit.*

Renvoi aux servitudes urbaines. — Nous n'avons rien de particulier à dire sur les modes de constitution de l'usufruit. En effet, tout ce que nous avons dit en ce qui concerne l'établissement des servitudes prédiales urbaines s'applique à l'usufruit. Nous faisons donc un renvoi à nos développements antérieurs sur ce point.

b) *Droits de l'usufruitier.*

Enumération. — L'usufruitier a deux droits seulement : le *jus utendi* et le *jus fruendi*.

Du jus utendi. — C'est le droit pour l'usufruitier de se servir de la chose : si c'est un cheval, en le montant ou en l'attelant ; si c'est une maison, en l'habitant.

Du jus fruendi. — *Définition.* — C'est le droit pour l'usufruitier de s'approprier les fruits de la chose quels qu'ils soient, naturels, industriels ou civils.

Quels fruits acquiert l'usufruitier ? — L'usufruitier, à Rome, comme aujourd'hui, a droit aux fruits proprement dits, mais non aux produits. Un exemple remarquable des produits que n'avait pas le droit de recueillir l'usufruitier était l'enfant de la femme esclave, le *partus ancillæ*. Il appartenait au nu propriétaire et non à l'usufruitier.

En ce qui concerne les bois de haute futaie et les carrières, on donnait en droit romain les mêmes solutions que de nos jours (1).

** *Comment l'usufruitier acquiert-il les fruits naturels ou industriels ?* — A la différence du propriétaire et du possesseur de bonne foi, l'usufruitier acquiert les fruits naturels et industriels, non par la séparation, mais par la perception

D'où il suit que si des fruits étaient volés sur l'arbre, c'était au nu propriétaire et non à l'usufruitier qu'appartenaient la *rei vindicatio* et la *condictio furtiva*

Comment l'usufruiter acquiert-il les fruits civils ? — Les fruits civils sont les loyers et les fermages. La question de savoir comment ils sont acquis par l'usufruitier est très débattue.

D'après les uns, ils s'acquéraient jour par jour comme en droit français (M May).

D'après d'autres, ils s'acquéraient par la perception comme les fruits naturels ou industriels (M. Girard)

D'après d'autres, enfin, il faudrait distinguer : les loyers des maisons s'acquéraient jour par jour tandis que les fermages des biens ruraux ne seraient acquis à l'usufruitier que si la récolte avait été faite avant la fin de l'usufruit (M Gérardin).

*** c) *Obligations de l'usufruitier*

Droit civil. — *Situation respective de l'usufruitier et du nu propriétaire.* — Le nu propriétaire a un droit réel, l'usufruitier a également sur le même objet un autre droit réel, d'une autre espèce. Il n'existe entre eux aucun lien d'obligation d'aucune sorte.

Conséquences pratiques. — Il en résultait les conséquences suivantes :

(1) V. notre *Manuel de notre droit civil*, I, p. 478 et suiv.

1° Tout ce que l'usufruitier pouvait exiger du nu propriétaire, c'est qu il le laisse jouir et non pas qu'il le fasse jouir, à la différence du fermier, qui, de ce chef, a un droit de créance contre le propriétaire.

2° De son côté le nu propriétaire ne pouvait exiger de l'usufruitier qu'une chose, c'est qu'il ne commît aucune détérioration, aucune dégradation sur la chose, rentrant dans les actes prévus et réprimés par la loi *Aquilia*. Il ne pouvait pas lui reprocher de n'avoir pas entretenu ou soigné la chose en bon père de famille.

3° A la fin de l usufruit, le nu propriétaire devait exercer contre l'usufruitier ou ses héritiers l'action en renvendication pour se faire rendre sa chose. En sorte qu'il devait établir son droit de propriété.

Cette législation, toute logique et juridique qu'elle était, ne donnait pas de garanties suffisantes au propriétaire. De là les réformes du Préteur.

*** **Droit prétorien. — Cautio usufructuaria.** — *Création de liens contractuels entre l'usufruitier et le nu propriétaire.* — Pour donner plus de garantie au nu propriétaire, il obligea l'usufruitier à s'engager par contrat de stipulation à jouir de la chose sur laquelle portait son usufruit en bon père de famille (*se usurum boni viri arbitratu*) et à le restituer au nu propriétaire, à la fin de l'usufruit.

Cet engagement devait être garanti par des fidéjusseurs. C'est la *cautio usufructuaria*.

Conséquences pratiques. — Désormais, outre son action en revendication, et l'action de la loi *Aquilia*, au cas de dégradation ou de détérioration, le nu propriétaire avait contre l'usufruitier, à la fin de l'usufruit, une action personnelle, l'*actio ex stipulatu*. Sa situation se trouvait meilleure à trois points de vue :

1° Il n'avait pas à faire la preuve de son droit de propriété, mais seulement à établir que les paroles de la stipulation avaient été prononcées.

2° Il pouvait demander compte à l'usufruitier de ses simples négligences dans l'exercice de son droit ; par exemple, de n'avoir pas fait des dépenses d'entretien pour la conservation de la chose.

3° En cas d'insolvabilité de l'usufrutier, il pouvait agir contre les fidéjusseurs pour se faire payer ce qui lui était dû à titre d'indemnité.

d) *Extinction de l'usufruit.*

Enumération. – L'usufruit prend fin :

1° Par la mort de l'usufruitier ;

2° Par la *capitis deminutio* de l'usufruitier, jusqu'à Justinien ;

3° Par la renonciation de l'usufruitier ;

4° Par le non-usage, pendant un an ou deux ans, au début, et sous Justinien pendant trois ans dix à vingt ans, suivant qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles ;

5° Par consolidation ou confusion, lorsque les deux qualités de propriétaire et d'usufruitier étaient réunies sur la même tête.

6° Par la perte de l'objet de l'usufruit, ou bien lorsqu'il avait subi une transformation complète ; par exemple, incendie ou écroulement d'une maison.

§ 2. — Autres servitudes personnelles.

1° **Droit d'usage.** — *Théoriquement* — L'usage ne devrait être pour son titulaire que le droit de se servir de la chose sans pouvoir en tirer des revenus, dans le *jus utendi* et non dans le *jus fruendi*.

Pratiquement. — En pratique, on accordait à l'usager un droit aux fruits limité à ses besoins personnels et à ceux de sa famille ; en sorte qu'il constituait en quelque sorte un usufruit restreint.

A la différence de l'usufruitier, l'usager ne pouvait céder l'exercice de son droit mais on avait admis qu'il pouvait avoir un locataire, pourvu qu'il l'eût à côté de lui et non qu'il le mît à sa place.

2° **Droit d'habitation.** — C'est le droit d'usage sur une maison. Il ne pouvait être ni cédé, ni même loué. Il ne s'éteignait pas par la *deminutio capitis*.

3° **Operæ animalis vel servi.** — C'est le droit pour une personne de profiter des travaux d'un animal ou d'un esclave. On pouvait en tirer parti en les louant et d'après un texte ce droit était transmissible aux héritiers du légataire D.33.2, *de usu et usufr.*).

SECTION VII. — DES DROITS RÉELS PRÉTORIENS

Enumération. — Les droits réels prétoriens sont :
1° La propriété prétorienne ou *in bonis habere* ;
2° Le *jus in agro vectigali* ;
3° Le droit d'emphytéose ;
4° Le droit de superficie ;
5° L'hypothèque.

Nous n'avons plus à parler de l'*in bonis habere*, sur lequel nous avons plus haut des explications suffisantes. Nous consacrerons au contraire un paragraphe spécial à l'étude des autres droits réels.

§ 1. — Jus in agro vectigali.

Définition. — On appelle ainsi le droit réel reconnu par le préteur à celui qui obtenait la concession, pour un temps indéfini d'une terre appartenant à un municipe, moyennant le paiement d'une redevance en argent appelée vectigal.

Sanction du droit. — Ce droit du concessionnaire fut considéré comme un droit réel parce qu'il était sanctionné par une action *in rem*, qui pouvait être exercé tant contre le *municipe* lui-même que contre les tiers.

§ 2. — Emphytéose.

Origine historique. — Le droit d'emphytéose procède du précédent. Lorsque les grands propriétaires fonciers, imitant les *municipes* et l'Etat, donnèrent leurs terres incultes en location à long terme ou perpétuelle à des fermiers chargés de les mettre en valeur, on appella ce contrat emphytéose ; et on admit que le preneur aurait un droit réel analogue au *jus in agro vectigali*, qu'on appela droit d'emphytéose. Les deux institutions finirent par se fondre en une seule, à laquelle on donna le nom d'emphytéose.

Comparaison avec l'usufruit. — *Ressemblance* — L'emphytéose a droit d'user et de jouir de l'immeuble comme l'usufruitier.

Différences. — Mais entre ces deux droits existent les différences suivantes :

1° L'emphytéote peut faire subir à la chose toutes les modifications qui lui paraissent utiles, tandis que l'usufruitier doit respecter la substance de la chose ;

2° L'emphytéote acquiert les fruits par la séparation et l'usufruitier par la perception ;

3° L'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier. Au contraire le droit d'emphytéose se transmet aux héritiers et il peut être cédé.

Causes d'extinction de l'emphytéose. — L'emphytéose s'éteint :

1° Par l'arrivée du terme indiqué dans le contrat ;

2° Par le défaut de paiement de la redevance ou canon pendant trois ans.

§ 3. — Superficie.

Définition. — C'est le droit de propriété appartenant à une personne sur les constructions élevées sur le terrain d'autrui

Origine historique. Ce droit n'était pas admis par la législation civile, qui considérait que la propriété du sol emportait celle des constructions, suivant la règle « *superficies solo cedit* ».

C'est le Préteur qui sanctionné ce droit : d'abord par un interdit de superficie ; puis, par une action réelle qui pouvait être exercée contre les tiers ou contre le propriétaire même du sol.

Extincti n du droit. — Le droit s'éteignait :

1° Par l'arrivée du terme pour lequel il avait été concédé ;

2° Par défaut de paiement de la redevance (*salarium* ou *pensio*) pendant deux ans.

§ 4. — Hypothèque.

Définition. — L'hypothèque est un droit réel prétorien établi sur un meuble ou sur un immeuble pour garantir le paiement d'une dette.

Origine historique. — *Aliénation fiduciaire.* — Au début, lorsqu'un débiteur voulait procurer une sûreté réelle à son créancier, il ne pouvait le faire qu'en lui transférant la propriété d'un bien avec contrat de fiducie par lequel le créancier s'engageait à le lui retransférer après complet paiement.

Cela présentait plusieurs inconvénients : le créancier pouvait

disposer de la chose qui lui était donnée en gage et n'être pas en mesure de la restituer au débiteur après le paiement

Gage. — C'est pour y remédier qu'on inventa le gage. Désormais le débiteur confère seulement au créancier la possession et non la propriété de l'objet donné en garantie.

C'était un progrès. Mais il y avait encore deux inconvénients :

1° Le débiteur était privé de la possession et de l'usage de sa chose.

2° Il ne pouvait donner le même objet en gage à deux créanciers différents. Par une seule constitution de gage, même pour une créance d'une valeur bien inférieure à la valeur de l'objet, il épuisait tout crédit de sa chose.

Cas particulier du fermier d'un immeuble rural — Dans un cas, tout particulièrement, le premier inconvénient du gage fut ressenti en pratique, celui du fermier d'un immeuble rural. Il n'a généralement pour toute fortune que ses instruments aratoires et ses animaux de labour. Qu'il les remette à son propriétaire pour les lui donner en garantie et de ce fait il ne pourrait plus cultiver sa terre, ni être en mesure de payer son fermage. C'est pour y porter remède qu'un Préteur admit qu'il pouvait donner ces choses en gage à son propriétaire simplement en les apportant dans la ferme (*invecta et illata in fundo*). Pour sanctionner ce droit le Préteur lui donna d'abord l'interdit salvien. Un autre lui accorda une action réelle, l'action servienne.

Généralisation du gage sans dessaisissement. — Pour créer l'hypothèque il suffit de généraliser cette solution, en décidant que, dans tous les cas, entre toutes personnes et pour toute espèce de dette, le gage pourrait être constitué sans dépossession du débiteur et par le seul effet du consentement. Ce progrès fut réalisé par un autre Préteur, qui sanctionna le droit du créancier par une action appelée action quasi servienne ou hypothécaire.

Au surplus, cette institution existait déjà dans le droit grec et on peut supposer que c'est là que le Préteur puisa son inspiration.

Sources de l'hypothèque. — *Trois sources.* — Comme en droit français, l'hypothèque à Rome résultait de trois sources : la convention, la loi et le jugement.

Convention — L'hypothèque résultait d'un simple pacte. C'est pourquoi les textes l'appellent souvent *pignus conventum*, par opposition au gage qu'ils désignent sous le nom de *pignus contractum*.

Loi. — Tantôt, l'hypothèque est établie par la loi en vertu d'une présomption de volonté du débiteur. On l'appelle alors hypothèque tacite

Telles sont : 1° L'hypothèque du bailleur d'un immeuble rural sur les récoltes ;

2° L'hypothèque du bailleur d'un immeuble urbain sur les meubles garnissant la maison louée.

Tantôt, l'hypothèque est établie par la loi en dehors de toute présomption de volonté, par faveur spéciale pour le créancier.

Telles sont : 1° l'hypothèque établie par l'empereur Constantin, en faveur des pupilles, des mineurs de vingt-cinq ans et des fous sur les biens de leurs tuteur et curateur ;

2 L'hypothèque établie par Justinien en faveur des légataires sur les biens de la succession et en faveur de la femme mariée sur les biens de son mari.

Jugement. — En vertu d'un rescrit d'Antonin le Pieux, le créancier dont le droit avait été reconnu en justice pouvait faire saisir un bien du débiteur, le faire vendre et se faire payer sur le prix avant tout autre créancier C'est le droit qu'on appelait *pignus ex causa judicati captum.*

Effets de l'hypothèque — *Distinction.* — L'effet de l'hypothèque doit être étudié à trois points de vue : au point de vue du débiteur, au point de vue des autres créanciers du même débiteur et au point de vue des tiers acquéreurs du bien hypothéqué.

A l'égard du débiteur. — A la différence du gage, l'hypothèque laisse le débiteur en possession de la chose. Il en conserve la jouissance ; il peut l'aliéner et l'hypothéquer à d'autres créanciers.

A l'égard des autres créanciers. — L'hypothèque confère au créancier le droit d'être payé sur le prix de vente de l'objet avant les créanciers ordinaires ou chirographaires Si le même objet est hypothéqué à plusieurs créanciers, le classement est établi entre eux d'après la date de la constitution d'hypothèque *Prior tempore potior jure* (Le premier par la date est le plus fort en droit).

A l'égard des tiers détenteurs. — L'hypothèque procure au créancier droit de suite. En conséquence, il peut agir contre le tiers détenteur qui est tenu de respecter l'hypothèque comme il subit les servitudes qui grèvent un immeuble.

Droits du créancier hypothécaire. — *Double droit.* — Le créancier a un double droit à l'échéance : 1° de se faire mettre en

possession ou *jus possidendi* ; 2° de vendre le bien hypothéqué, *jus distrahendi*.

1° *Droit de se faire mettre en possession*. — Ce droit a toujours existé au profit du créancier hypothécaire, et longtemps il a existé seul. Pour l'obtenir, le créancier exerce contre le détenteur quelconque du bien hypothéqué l'action quasi-servienne ou hypothécaire.

2° *Droit de vendre*. — *Jus distrahendi*. — Au début, ce droit n'appartenait pas de plein droit au créancier hypothécaire. Il ne l'avait que quand il lui avait été formellement concédé. Mais une pareille convention devint tellement usuelle dans la pratique qu'à partir du temps des Sévères on la sous entendit dans tous les cas, et sous Justinien il fut interdit de la refuser au créancier.

La vente pouvait avoir lieu à l'amiable

Tout d'abord, le créancier put convenir avec le débiteur qu'en cas de non-paiement à l'échéance il deviendrait propriétaire de la chose hypothéquée : c'était la *lex Commissoria*. Mais Constantin interdit cette clause, comme de nature à être trop préjudiciable aux intérêts du débiteur.

Situation du premier créancier hypothécaire. — Le premier créancier hypothécaire a une situation tout à fait privilégiée.

1° Lorsqu'il avait vendu le bien hypothéqué, ce bien était purgé de toutes les hypothèques qui le grevaient. Le premier créancier se payait d'abord sur le prix et il distribuait le surplus aux autres créanciers dans l'ordre de leurs hypothèques.

2° Lorsque le bien était vendu par un autre que le premier créancier, ce dernier pouvait agir contre l'acquéreur et exercer contre lui son *jus possidendi* et son *jus distrahendi* ;

3° De même, lorsque le bien hypothéqué était entre les mains d'un créancier postérieur, le créancier pouvait l'obliger à lui remettre le bien.

Du jus offerendæ pecuniæ. — Le premier créancier pouvait tenir en échec les créanciers postérieurs. Ainsi, il pouvait se faire mettre en possession et retarder indéfiniment la vente du bien hypothéqué. Ou, au contraire, vendre à un moment défavorable où l'immeuble ne pouvait pas atteindre un prix suffisant pour désintéresser tous les créanciers

Pour se prémunir contre cet inconvénient, tout créancier pouvait rembourser au premier créancier ce qui lui était dû et se mettre à sa place. C'était le *jus offerendæ pecuniæ*.

Extinction de l'hypothèque. — L'hypothèque s'éteignait :

1° Indirectement et par voie de conséquence, lorsque la dette dont elle était la garantie était éteinte.

2° Directement : par la perte du bien hypothéqué ou par la vente opérée par le premier créancier hypothécaire.

Vice essentiel du régime hypothécaire romain : la clandestinité. — Le régime hypothécaire romain comportait un vice essentiel ; il était clandestin. Aucune mesure de publicité n'existait, en effet, pour faire connaître aux tiers les hypothèques dont un bien était grevé. Ce qui était préjudiciable aux créanciers d'une part et aux tiers acquéreurs d'autre part.

APPENDICE. — CAPACITÉ D'ACQUÉRIR ET D'ALIÉNER

Division. — Nous étudierons successivement :

1° La capacité d'acquérir ;

2° La capacité d'aliéner.

§ 1. — Capacité d'acquérir.

Personnes sui juris et personnes alieni juris. — Les personnes *sui juris* ont seules la capacité d'acquérir pour elles-mêmes. Les personnes *alieni juris* n'ayant pas de patrimoine en sont, au contraire, privées. Nous avons vu, cependant, que cette règle avait été en partie abandonnée pour les fils de famille, par le développement de la théorie des pécules.

Acquisition par les personnes placées sous notre autorité. — Les personnes *sui juris* pouvaient acquérir, non seulement par elles-mêmes, mais encore par l'intermédiaire des personnes *alieni juris* qu'elles avaient en leur pouvoir : fils ou filles de famille, femme *in manu*, esclaves, individu *in mancipio*. C'étaient pour eux autant d'instruments d'acquisition.

Acquisition par une personne extranea. — *Principe de la non représentation.* — A la différence du droit français, le mandataire en droit romain ne représentait pas le mandant. Il agissait en son nom personnel. Dès lors, quand on voulait réaliser une acquisition à l'aide d'un mandataire, c'était lui, mandataire, et non le mandant, qui devenait propriétaire. Il fallait une seconde opération entre le mandataire et le mandant pour faire passer le bien dans le patrimoine de ce dernier.

Tempérament en matière de possession. — Mais, nous avons vu qu'on finit par admettre un tempérament à cette règle pour l'acquisition de la possession. Le mandataire peut acquérir la possession par l'intermédiaire de son mandataire. Cette solution fut consacrée notamment pour le cas du *procurator*, ou mandataire général, puis les tuteurs, curateurs et administrateurs des villes. Elle fut ensuite étendue aux mandataires spéciaux.

Tempérament en matière de propriété. — De la possession l'exception ne tarda pas à être transportée à la propriété, au moins pour le cas où l'acquisition se faisait par voie de tradition. Il en résulta que le jour où la *mancipatio* et la *cessio in jure* cessèrent d'être employées dans la pratique, la règle ancienne se trouva sans application pratique.

§ 2. — Capacité d'acquérir.

Double règle. — On peut à cet égard poser les règles suivantes :

1re règle. — Tout propriétaire peut aliéner la chose.

2e règle. — On ne peut aliéner la chose d'autrui, *Nemo dat quod non habet*, on donne parce qu'on n'a pas.

Exceptions à la 1re règle: Cas où le propriétaire ne peut aliéner sa chose. — Il en est ainsi : 1° au cas de personnes frappées d'incapacité générale : pupilles, mineurs de vint-cinq ans, fous, prodigues ;

2° Au cas de la femme en tutelle perpétuelle,incapable d'aliéner ses *res mancipi sans l'auctoritas tutoris* ;

3° Au cas du mari qui ne peut aliéner le fonds dotal dont il est propriétaire sans le consentement de la femme, en vertu de la loi Julia, sous Auguste, et même son avec consentement à partir de Justinien

Exceptions à la 2e règle : Cas où un autre que le propriétaire peut aliéner. — Il en est ainsi :

1° Pour le tuteur et le curateur, sous réserve des restrictions établies par l'*oratio Severi* et par la constitution de Constantin ;

2° Pour les mandataires ;

3° Pour les créanciers gagistes ou hypothécaires.

TROISIÈME PARTIE

LES OBLIGATIONS (1).

Définition. — L'obligation est un lien de droit qui astreint une personne envers une autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Eléments constitutifs. — L'obligation crée un rapport de droit entre deux personnes : un créancier et un débiteur.

Pour le créancier, c'est un droit, qu'on appelle droit de créance.

Pour le débiteur, c'est une dette.

Sources des obligations. — D'après Gaius, l'obligation naîtrait de deux sources principales : le contrat et le délit. Mais en outre d'autres faits engendraient également des obligations ; on les appelait *variæ causarum figuræ* ; c'étaient les quasi-contrats, les quasi-délits et la loi.

On peut ramener cette classification à la distinction suivante : d'une part, les sources conventionnelles, et d'autre part, les sources non conventionnelles d'obligations.

Division de la troisième partie. — Nous diviserons la troisième partie de la manière suivante :

Ire section : Des contrats

IIe section : Des sources non conventionnelles d'obligations.

IIIe section : Des effets des obligations.

IVe section : De l'extinction et de la transmission des obligations.

Ve section : De la garantie des obligations.

(1) C'est cette troisième partie qui forme à elle seule l'objet du cours facultatif de droit romain en seconde année.

SECTION Ire. — DES CONTRATS

Notions préliminaires.

Définition. — Le contrat est un accord entre deux ou plusieurs personnes qui engendre une ou plusieurs obligations sanctionnées par une action en justice.

*** **Différence entre contrat et pacte.** — *Définition.* — Il ne faut pas confondre à Rome contrat et pacte.

Le pacte est un accord quelconque de volontés entre deux ou plusieurs personnes. Le contrat est un accord de volontés se manifestant dans une forme déterminée ou ayant été rangé dans la classe des contrats, par une disposition exceptionnelle, malgré son absence de forme.

Intérêt pratique. — Le contrat seul engendre des obligations sanctionnées par une action en justice. Le pacte au contraire ne produit aucun effet. C'est là une règle fondamentale du droit romain, souvent reproduite. C'est que le pacte ne peut ni créer ni éteindre des obligations.

Cette règle, d'une vérité absolue au début de la législation romaine, a subi certaines atteintes du temps. Mais, malgré les dérogations nombreuses qui y ont été successivement apportées, elle est encore vraie sous Justinien. Et au digeste, tout un titre, *de pactis* (II, 14), est consacré au développement de ce principe fondamental.

*** **Différences essentielles entre le droit français et le droit romain.** — *Division.* — Deux différences essentielles séparent le droit romain et le droit français, en matière d'obligations.

1° *Pacte et contrat.* — En droit français, tout accord de volontés est un contrat et engendre des obligations. Pacte et contrat sont des termes synonymes. A Rome, au contraire, le contrat se distingue essentiellement du pacte. Le contrat seul est obligatoire ; le pacte ne l'est pas.

2° *Contrat et transfert de propriété.*— En droit français le contrat peut faire naître des droits de créance ou des droits réels. Ainsi, la vente transfère par elle-même la propriété de la chose vendue à l'acheteur, en sorte qu'on la confond avec l'aliénation.

A Rome, au contraire, le contrat engendre seulement des obligations. Pour que le propriété soit transférée à la suite d'un contrat, il faut que le débiteur se soit exécuté en faisant *mancipatio*, *cessio in jure* ou tradition. En sorte que vendre et aliéner sont deux termes différents. La vente rend l'acheteur créancier de la chose vendue ; il ne devient propriétaire que par l'effet de la tradition, de la *cessio in jure* ou de la *mancipatio*.

*****Développement historique des contrats**. — *Droit ancien*. — *Formalisme*. — Au début, les contrats sont tous formels c'est-à-dire solennels. La règle que le pacte n'est pas obligatoire s'applique d'une façon absolue.

Le premier contrat qui apparaît est le *nexum*, semblable par sa forme à la mancipation : avec cinq témoins, le *libripens*, les deux parties ; seules les paroles à prononcer étaient différentes.

Puis apparaissent : le contrat *verbis* et le contrat *litteris*.

Le contrat *verbis* se forme par l'emploi de paroles sacramentelles : Me promets-tu de me donner 1 000 sesterces ? disait le créancier ? Je le promets (*spondes*), répondait le débiteur

Le contrat *litteris*, résulte d'une inscription faite par le créancier sur son registre (codex) qu'il avait compté telle somme au débiteur.

En dehors de là, tout accord de volontés n'est qu'un pacte, non obligatoire.

1re *atteinte au formalisme : les contrats réels*. — A une époque indéterminée, mais certainement après la loi Æbutia (605 à 628), une première dérogation au formalisme rigoureux du début fut acceptée.

On admit la validité du prêt de consommation ou *mutuum* se formant par simple remise d'une somme d'argent ou de choses de genre par le prêteur à l'emprunteur, sans accomplissement des formalités du *nexum*.

A peu près à la même époque on reconnut le contrat de fiducie, se formant par le transfert de propriété d'une chose avec obligation de la retransférer à l'aliénateur à une époque déterminée. Ainsi se faisaient le dépôt, le commodat ou prêt à usage et le gage.

Un peu plus tard, on simplifia encore ; le transfert de propriété ne fut plus nécessaire pour la naissance du contrat. On se contenta de la remise de la possession.

Ces quatre contrats : *mutuum*, commodat, dépôt et gage, fu-

rent appelés contrats réels ou contrats se formant par tradition d'une chose.

2° *atteinte au formalisme : contrats consensuels*. — Une autre atteinte beaucoup plus grave fut apportée au formalisme. On admit que, dans quatre cas, le simple consentement suffirait pour engendrer des obligations. C'étaient des pactes élevés à la dignité de contrats.

Tels sont la vente, le louage, la société et le mandat.

On les appelle contrats consensuels, parce qu'ici c'est le consentement qui est le seul fait générateur de l'obligation.

3° *atteinte au formalisme : pactes prétoriens et pactes légitimes*. — Dans le même ordre d'idées on donna la force obligatoire à certains pactes, sans cependant leur attribuer en même temps le titre de contrats.

Certains de ces pactes furent sanctionnés par le Préteur : d'où le nom de pactes prétoriens à eux donnés. Ce sont : le pacte de constitut, le pacte de serment, le pacte d'hypothèque et les *recepta*.

D'autres pactes, appelés légitimes, furent reconnus beaucoup plus tard, sous le bas empire : le pacte de dot, sous Théodore II, en 428, le pacte de donation et de compromis, sous Justinien.

4° *atteinte au formalisme : contrats innommés*. — Enfin, à une époque incertaine on décida qu'un pacte synallagmatique serait obligatoire et se transformerait en contrat par l'exécution volontaire de son obligation par l'une des parties contractantes. A partir de ce moment, l'autre partie peut être contrainte, soit à fournir la prestation qu'elle a promise, soit à rendre ce qu'elle a reçu. Quatre combinaisons étaient possibles : *do ut des* ; *do ut facias* ; *facio ut des facio ut facias* (1). Ces contrats furent appelés innommés parce qu'ils n'entraient dans aucun des cadres anciens de contrats.

*** **Tableau synthétique des faits générateurs d'obligations conventionnelles.** — En résumé, dans le plein développement du droit romain, les faits générateurs d'obligations étaient les suivants :

(1) Je donne une chose pour que tu m'en donnes une autre ; je donne une chose pour que tu fasses quelque chose ; je fais quelque chose pour que tu me donnes ; je fais pour que tu fasses.

- I. Contrats nommés
  - 1° Les contrats formels
    - *a*) Nexum (tombé en désuétude de bonne heure).
    - *b*) Les contrats *verbis*
      - α) Stipulation.
      - β) Jus jurandum liberti.
      - γ) Dictio dotis (tombé en désuétude).
    - *c*) Le contrat *litteris*
      - α) Transcriptitium nomen a re in personam.
      - β) Transcriptitium nomen a persona in personam.
  - 2° Les contrats réels
    - *a*) Mutuum.
    - *b*) Contrat de fiducie.
    - *c*) Commodat.
    - *d*) Dépôt.
    - *e*) Gage.
  - 3° Les contrats consensuels
    - *a*) Vente.
    - *b*) Louage.
    - *c*) Société.
    - *d*) Mandat.
- II. Contrats innommés
  - Do ut des.
  - Do ut facias.
  - Facio ut des.
  - Facio ut facias.
- III. Pactes sanctionnés exceptionnellement
  - *a*) Pactes prétoriens
    - α) Constitut.
    - β) Serment.
    - γ) Hypothèque.
    - δ) Recepta.
  - *b*) Pactes légitimes
    - α) Donation.
    - β) Dot.
    - γ) Compromis.

Classification des contrats. — *Différents points de vue.* — Pour classer les contrats, on peut se placer à différents points de vue :

1° Au point de vue de leur mode de formation ;

2° Au point de vue de leurs effets.

3° Au point de vue des pouvoirs du juge ;

1er point de vue. — Mode de formation. — A ce point de vue

les contrats à Rome peuvent se diviser de trois manières différentes :

1° Les contrats se formant *verbis, litteris, re* ou *consensu*. C'est la classification habituelle des jurisconsultes romains conservée précieusement par Justinien dans ses Institutes ;

2° Les contrats formels (*nexum, verbis, litteris*), les contrats réels et les contrats consensuels ;

3° Les contrats nommés et les contrats innommés.

2e point de vue. — Quant aux effets. — Sous ce rapport, les contrats sont, comme en droit français, unilatéraux ou synallagmatiques.

Un contrat est unilatéral, lorsqu'il n'engendre d'obligations que d'un seul côté, pour l'une des parties contractantes seulement. Exemple : le *mutuum*, ou prêt de consommation, la stipulation, le contrat *litteris*.

Un contrat est synallagmatique lorsqu'il engendre des obligations pour l'une et l'autre partie. Exemple : la vente, le louage, etc.

Un contrat est appelé synallagmatique imparfait lorsqu'au moment de sa formation il n'engendre d'obligations que pour l'une des parties contractantes et qu'ensuite, par des circonstances postérieures et éventuelles, il fait naître des obligations pour l'autre partie.

Exemple : le commodat ou prêt à usage. Le contrat lui-même ne fait naître d'obligation que pour l'emprunteur ; l'obligation de soigner la chose prêtée et de la rendre au prêteur. Mais si des dépenses exceptionnelles sont faites par l'emprunteur pour la conservation de l'objet prêté, alors le prêteur sera tenu à son tour de l'obligation de les lui rembourser.

A Rome, cette espèce de contrats se reconnaît très bien au nom donné aux actions qui en résultent. Les deux actions portent l'une et l'autre le nom du contrat, avec cette simple indication faite pour les distinguer, que l'une est *directa* et l'autre *contraria* (*Actio commodati, depositi, pigneratitia, mandati, directa* et *contraria*).

*** **3e point de vue. — Contrats de bonne foi et de droit strict.** — *Définition.* — Un contrat de bonne foi est celui pour l'interprétation et pour l'exécution duquel le juge a un pouvoir d'appréciation très étendu. Il doit statuer d'après l'équité et d'après l'intention des parties contractantes, plutôt que d'après les termes rigoureux de la loi et du contrat. Au contraire, un contrat de

droit strict est celui que le juge doit interpréter d'après sa lettre même, sans pouvoir faire triompher l'équité ou l'intention des parties sur les termes formels du contrat ou sur les principes rigoureux du droit.

Criterium. — Tous les contrats unilatéraux sont de droit strict. Sont, au contraire, de bonne foi tous les contrats synallagmatiques, parfaits ou imparfaits.

Intérêts pratiques. — Les intérêts pratiques de cette distinction sont nombreux. Le plus important est relatif aux exceptions basées sur l'équité. Toutes les exceptions basées sur l'équité, qui se résument dans l'exception de dol, sont sous-entendues dans les actions de bonne foi. Le juge peut en tenir compte même sans qu'il soit nécessaire que la formule délivrée par le magistrat en fasse mention. Au contraire, dans une action de droit strict, le juge ne peut tenir compte des exceptions basées sur l'équité et notamment de l'exception de dol, que si elles ont été formellement insérées dans la formule.

Division de la section Ire. — Nous diviserons notre première section en cinq chapitres, suivis d'un appendice :

Chapitre Ier. — Des contrats formels.
Chapitre II. — Des contrats réels.
Chapitre III. — Des contrats consensuels
Chapitre IV. — Des contrats innommés.
Chapitre V. — Des pactes
Appendice. — Des contrats passés par des personnes *alieni juris*.

CHAPITRE PREMIER. — DES CONTRATS FORMELS.

Définition. — On entend par contrats formels ceux qui n'ont aucune existence juridique sans une forme extérieure, déterminée par la loi

Enumération et division du chapitre. — Les contrats formels sont : le *nexum*, le contrat *verbis* et le contrat *litteris*.

Nous consacrerons un paragraphe spécial de ce chapitre à l'étude de chacun d'eux.

§ 1. — Nexum.

Forme. – Le *nexum* est un contrat solennel qui ressemble à

la *mancipatio* en ce qu'il impliquait l'emploi de la balance, la présence des deux parties contractantes, du porte-balance (*libripens*) et de cinq témoins, et la pesée du métal, réelle d'abord, fictive dans la suite. Il en différait par les paroles qui étaient prononcées. Dans le *nexum* il y avait une *damnatio* prononcée contre le débiteur pour le lier envers le créancier. Les paroles de la *damnatio* étaient prononcées, d'après les uns, par le créancier, d'après les autres, par le débiteur.

Sphère d'application. — Vraisemblablement, le *nexum*, au début n'intervenait que pour faire un prêt d'argent, comme tout d'abord la *mancipatio*, pour réaliser une vente au comptant. Mais, de même que la *mancipatio* avait été étendue à tous les cas de transfert de propriété, il en fut de même pour le *nexum*. On s'en servit, dans la suite, à l'aide d'une pesée fictive, pour faire naître toute sorte de contrat ayant pour objet une somme d'argent déterminée.

Effets. — Le nexum produisait des effets particulièrement énergiques en ce qu'il permettait l'emploi de la *manus injectio* sans jugement préalable.

Loi Petelia Papiria. - Désuétude. — Cet effet fut enlevé au *nexum* par la loi Petelia Papiria (428 de R.). Il en résulta la désuétude du *nexum*.

§ 2. — Contrats verbis.

Définition. — On entend par contrats *verbis* ceux qui se forment par la prononciation de paroles sacramentelles.

Enumération. — Il y avait à Rome trois contrats *verbis* : 1° la *dictio dotis* ; 2° le *jusjurandum liberti* ; 3° la stipulation. Nous allons les étudier successivement.

a) *Dictio dotis.*

Définition . — La *dictio dotis* est un contrat qui a pour objet la constitution de dot.

Forme. — C'était le constituant qui parlait le premier, de la façon suivante : je dis que la dot est de mille ; le futur répondait : j'accepte.

Désuétude. — Ce contrat est tombé de bonne heure en désuétude. Les textes de Justinien n'en parlent plus, et la formule ne nous en a été transmise que par une comédie de Térence (Andrienne, acte V, V. 47).

b) *Jusjurandum liberti.*

Définition. — C'est un contrat verbal, sous forme de serment, par lequel un esclave, sur le point d'être affranchi, s'engageait à accomplir certains services au profit de son maître, après son affranchissement.

Forme. — D'après l'opinion commune, le contrat comportait un double serment, l'un avant, l'autre après l'affranchissement.

*** c) *Stipulation.*

Définition. — La stipulation est un contrat verbal se formant par une interrogation suivie d'une réponse concordante. Me promets-tu de me donner 1.000 sesterces, disait le créancier ? je le promets, répondait le débiteur

Celui qui pose la question s'appelle le stipulant ; celui qui lui répond s'appelle le promettant

Formes. — Au début une seule forme était admise : *spondesne, spondeo* (1), et elle était réservée aux seuls citoyens romains ; il était interdit de la traduire en langue étrangère. Mais dans la suite on inventa des formes nouvelles pour rendre la stipulation accessible aux pérégrins. Ce sont les formes : *dabisne ? dabo ; promittis ne ? promitto*, etc. (2).

Caractères juridiques. — La stipulation présentait les caractères suivants :

1° C'était un contrat formel, *verbis* ;

2° C'était un contrat unilatéral donc de droit strict ;

3° C'était un contrat de droit des gens, sauf en ce qui concerne la *sponsio*.

Fonction de la stipulation. — La stipulation n'était pas un contrat concret, répondant à un résultat précis et déterminé, comme la vente, le louage, etc. C'était plutôt un moule pour faire des contrats. On pouvait s'en servir pour réaliser toute espèce d'engagement ou pour transformer un contrat antérieur quelconque.

Sanction de la stipulation. — *Distinction.* — La stipulation était suivant les cas, sanctionnée par la *condictio certæ pecuniæ*, par la *condictio triticaria* ou par l'*actio ex stipulatu*.

Condictio certæ pecuniæ. — La stipulation était sanctionnée

(1) Me promets tu ? Je promets.

(2) Donneras-tu ? Je donnerai. Promets-tu ? Je promets

par la *condictio certæ pecuniæ* lorsqu'elle avait pour objet une somme d'argent déterminée.

C'était une action de droit strict ayant un caractère abstrait, c'est à dire que sa formule ne contenait pas de *demonstratio* faisant connaître la cause pour laquelle le demandeur se prétendait créancier.

L'*intentio* était *certa* ainsi que la *condemnatio*.

« S'il t'apparaît que Nus Nus doit mille sesterces à Aus Aus, condamne à mille, ni à plus, ni à moins » ; formule rigoureuse qui amenait l'absolution du défendeur s'il devait moins que ce que lui réclamait le demandeur, par exemple 999 et non mille.

Condictio triticaria. — La stipulation était sanctionnée par la *condictio triticaria* (*de triticum*, blé) lorsque l'objet dû était des denrées, des choses de genre, ou un corps certain, l'esclave Stichus.

Cette *condictio* différait de la précédente en ceci seulement, que la *condemnatio* était *incerta*.

« S'il t'apparaît que Nus Nus doit l'esclave Stichus ou dix mesures de blé à Aus Aus, condamne à la valeur en argent de ce qui est dû. »

Le juge avait donc un certain pouvoir d'appréciation, au moins pour déterminer le montant de la condamnation.

Actio ex stipulatu. — La stipulation était sanctionnée par l'*actio ex stipulatu* lorsque son objet était indéterminé, par exemple lorsque c'était un fait ou une abstention.

L'*actio ex stipulatu* était une action de droit strict comme la *condictio* ; mais elle en différait en ce qu'elle comportait une *demonstratio* faisant connaître la cause de la prétention du demandeur.

« De ce que Aus Aus a stipulé de Nus Nus qu'il fasse telle chose, tout ce que Nus Nus devra de ce chef à Aus Aus, juge, tu le condamneras à le payer à Aus Aus. »

Stipulations prétoriennes. — *Définition*. — On entendait par stipulations prétoriennes des stipulations qui intervenaient sur l'ordre du Préteur.

Fonction. — Le but de ces stipulations était, en général, de faire naître des relations d'obligations entre deux personnes jusque-là étrangères l'une à l'autre.

Principales applications. — Comme exemples on peut citer :

1° La *cautio usufructuaria*, que nous avons étudiée précédemment (1).

2° La *cautio damni infecti*. — Dans le cas où un bâtiment voisin menaçait ruine sur votre fonds, le Préteur pouvait contraindre le voisin à vous promettre par stipulation de réparer le préjudice que pourrait causer la chute du bâtiment.

§ 3. — Contrat litteris.

Définition. — C'est un contrat qui se forme par une écriture apposée sur un registre dans des conditions déterminées.

Divers registres tenus par les Romains. — Les citoyens romains avaient, au début, l'habitude constante de tenir diverses sortes de registres : les *adversaria*, le livre de caisse et le codex. Les *adversaria* ou livre brouillard était un registre sur lequel ils notaient leurs opérations journalières dans l'ordre où elles se produisaient.

Le livre de caisse était celui qui servait à noter les opérations de sorties ou de rentrées d'argent dans la caisse, en raison des paiements faits ou reçus.

Enfin, le codex représentait un peu ce qu'est aujourd'hui le grand-livre des commerçants. Il reproduisait les éléments résultant des opérations portées sur les *adversaria*, par doit et avoir. A l'*acceptum*, on mettait ce qu'on avait reçu et à l'*expensum* ce qu'on avait compté.

Formation du contrat litteris. — *Deux modes*. — On distinguait deux modes de formation du contrat *litteris* : l'un qui était le *transcriptitium nomen a re in personam* et l'autre qui était le *transcriptitium nomen a persona in personam*.

a) *Transcriptitium nomen a re in personam*. — C'était un moyen de transformer une obligation résultant d'un contrat antérieur quelconque, vente, prêt d'argent, etc. en une obligation née *litteris*. Pour cela le créancier mettait sur son codex (à l'*acceptum*) qu'il avait reçu de son débiteur la somme que celui ci lui devait ; de cette façon il était dégagé de son ancienne obligation ; il portait ensuite à l'*expensum* la même somme d'argent comme ayant été remise au débiteur. Ainsi, ce dernier se trouvait tenu désormais *literis*.

b) *Transcriptitium nomen a personâ in personam*. — C'était un

(1) Voir *suprà*, p. 130.

moyen de transporter une dette d'une personne à une autre personne par un simple jeu d'écriture. Pour cela il suffisait de mettre sur le codex qu'on avait reçu de son débiteur la somme due et qu'on l'avait versée à celui qui s'engageait à sa place

Caractères du contrat litteris. — Le contrat *litteris* présentait les caractères suivants :

1° Il était unilatéral.

2° Donc il était de droit strict ;

3° Il était de droit civil ; les pérégrins ne pouvaient s'en servir :

4° Il ne pouvait avoir pour objet qu'une somme d'argent déterminée.

Il était sanctionné par une condition *certæ pecuniæ*.

** **Querela non numeratæ pecuniæ.** — *Hypothèse.* — Il pouvait arriver qu'un créancier, en vue d'un prêt à faire à quelqu'un, avait par avance, mis sur son codex qu'il lui avait versé les espèces promises, et qu'en réalité elles n'aient pas été comptées. Le même fait pouvait se produire pour le contrat *verbis*.

Solution du droit civil et du droit prétorien — D'après le droit civil, le débiteur était tenu. C'était une conséquence du formalisme. Mais cette solution était contraire à l'équité. Aussi le Préteur lui accorda une exception pour repousser l'action du créancier et même une action pour faire annuler son engagement, en se basant sur l'absence de numération d'espèces. C'est l'ensemble de ces moyens qu'on appela *quœrela non numeratæ pecuniæ* Et comme il était impossible au débiteur de faire la preuve d'un fait négatif indéterminé comme celui-là, on mit le fardeau de la preuve à la charge du créancier Ce fut à lui à démontrer que les espèces avaient bien été remises.

Chirographæ et syngraphæ. — *Définition.* — On entend par là des écrits destinés à constater l'existence des contrats, soit unilatéraux, soit synallagmatiques. Ces écrits étaient en usage chez les pérégrins qui n'avaient pas de codex.

Portée exacte. — D'après Gaius ces écrits auraient servi à faire naître entre pérégrins de véritables contrats *litteris* comme le codex pour les citoyens romains. L'opinion commune aujourd'hui c'est que c'étaient là de simples écrits probatoires, et non des contrats *litteris* proprement dits.

Le contrat litteris sous Justinien. — Justinien en parle encore dans ses Institutes et il y consacre un chapitre spécial. Mais c'est par pure symétrie et pour ne pas rompre avec la classifica-

tion traditionnelle des quatre sortes de contrats. C'étaient là en réalité de simples écrits probatoires et non des contrats véritables.

CHAPITRE II. — DES CONTRATS RÉELS.

Définition. — On entend par contrats réels ceux qui se forment par la remise d'une chose.

Deux groupes distincts. — Il existe deux groupes distincts de contrats réels : 1° le *mutuum* ; 2° les autres contrats réels. Nous les étudierons successivement dans deux paragraphes.

*** § 1. — Le mutuum.

Définition. — Le *mutuum* est un contrat par lequel une personne transfère la propriété de choses de genre à une autre personne qui s'engage à lui rendre une égale quantité de choses de même genre à une époque postérieure.

Caractères juridiques. — Le *mutuum* est un contrat unilatéral, donc de droit strict, un contrat de droit des gens, un contrat gratuit par nature, mais comportant stipulation d'intérêts.

Historique. — D'après l'opinion la plus commune le *mutuum* serait passé par trois phases.

1re phase : Le *mutuum* se faisait par le moyen du *nexum*, avec emploi de la balance et de l'airain.

2e phase : On admet que quand les formalités du *nexum* ne sont pas remplies et qu'il y a simple tradition des espèces prêtées, celui qui les a reçues est tenu de les rendre, non pas en vertu d'un contrat, mais en vertu d'un quasi-contrat basé sur cette idée que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui.

3e phase : On finit par admettre, vers la fin de la République, à une époque indéterminée, que la tradition des espèces suffirait pour former un contrat qu'on appela *mutuum*.

Condition de formation. — Trois conditions doivent être réunies pour que le *mutuum* se forme.

1° Il faut qu'il y ait transfert de propriété des choses prêtées. Cela est indispensable, puisque l'emprunteur doit pouvoir les consommer ; d'où le nom de prêt de consommation donné à ce contrat.

Il suit de là que, pour faire un *mutuum*, il faut que le prêteur soit propriétaire et capable d'aliéner.

2° Il faut que les choses prêtées consistent en choses qui se comptent, se pèsent, ou se mesurent, telles que de l'argent, des denrées, etc. Un corps certain ne peut pas former la matière d'un *mutuum*.

3° Il faut que celui qui les reçoit (l'*accipiens*) s'engage à les restituer, non pas *in specie*, mais *in genere*, c'est-à dire non pas les choses mêmes qu'il a reçues, mais des choses équivalentes.

Sénatus-consulte macédonien. — *Son objet* — C'est un sénatus-consulte rendu sous l'empereur Vespasien pour interdire le prêt d'argent aux fils de famille. Il fut rendu à la suite du meurtre commis par un fils de famille, Macédo, sur la personne de son père, pour payer ses créanciers

Sanction. — L'obligation du fils n'était pas nulle, il pouvait seulement repousser l'action du prêteur par une exception. Mais s'il avait payé sans s'en prévaloir, il ne pouvait pas répéter ce qu'il avait donné.

** **Des intérêts dans le mutuum.** — *Principe.* — En principe, pour que des intérêts soient dus, il faut une stipulation d'intérêts jointe au *mutuum*, un simple pacte étant inopérant.

Exceptions. — Dans certains cas, cependant, un pacte suffisait pour engendrer une obligation d intérêts, notamment :

1° Pour un prêt de denrées ;

2° Pour le *nauticum fœnus* où prêt maritime. On entendait par là le prêt fait à un armateur pour des opérations maritimes. Il présentait cette particularité que l'emprunteur n'était tenu de rendre l'argent prêté que quand le navire arrivait à bon port.

Du taux de l'intérêt. — *Loi des douze tables.* — A l'époque de la loi des douze tables, le taux de l'intérêt était désigné sous le nom d'*unciarium fœnus*. C'était un douzième du capital par mois, soit 8 1/3 0/0 pour une année de douze mois.

Epoque classique. — L'intérêt s'élève à douze pour cent par mois. On l'appelait *centesimæ* ou *legitimæ usuræ*.

Sous Justinien. — Le taux varie suivant la qualité du prêteur : le droit commun est 6 0/0 ; mais il est abaissé à 4 0/0 à l'égard des personnes illustres, à 8 0/0 à l'égard des commerçants ; en matière de *nauticum fœnus* il était de 12 0/0.

Sanction du mutuum. — Le *mutuum* était sanctionné par une *condicio ex mutuo*, action personnelle, civile, de droit strict.

§ 2. — Autres contrats réels.

Enumération. — Les contrats autres que le *mutuum* sont : le commodat ou prêt à usage, le dépôt et le gage. Ils diffèrent du *mutuum* en ce que ce sont des contrats synallagmatiques imparfaits et de bonne foi, tandis que le *mutuum* est un contrat unilatéral et de droit strict.

Historique. — Ces trois contrats ont d'abord affecté la forme d'un contrat de fiducie On entendait par là un pacte accompagnant l'aliénation d une chose par lequel l'acquéreur s'engageait à le retransférer à l aliénateur à une époque déterminée. Ce pacte avait été sanctionné par l'*actio fiduciæ*.

Plus tard on admit que l'aliénation ne serait plus nécessaire pour engendrer le contrat. C'est à partir de ce moment que le commodat, le dépôt et le gage furent considérés comme des contrats réels distincts.

a) *Commodat.*

Définition. — Le commodat ou prêt à usage est un contrat par lequel une personne remet un objet déterminé à une autre personne, pour s en servir avec obligation de le conserver et de le rendre à une époque déterminée.

Caractères juridiques. — 1° C'est un contrat réel ; 2° C'est un contrat synallagmatique imparfait, donc de bonne foi ; 3° C'est un contrat essentiellement gratuit. Car c est un service que le commodant rend au commodataire. Si le commodant se faisait payer une rémunération, il n'y aurait plus prêt à usage, mais louage de choses

Conditions de formation. — Pour que le contrat se forme, il faut qu'il y ait tradition d'une chose par le prêteur à l'emprunteur. Cette tradition confère à l'emprunteur la détention seulement et non la propriété, ni même la possession de la chose prêtée.

Obligations du commodataire. — Le commodataire est tenu de deux obligations :

1° Conserver la chose prêtée : il serait responsable si elle venait à périr à la suite d une négligence que n'avait pas commise un bon père de famille, c'est-à dire un administrateur moyennement diligent.

2° Restituer la chose prêtée. Dans le commodat, contrairement

au *mutuum*, le débiteur s'engage à restituer la chose même qui lui a été confiée et non un équivalent.

Obligations éventuelles du commodant. — Au moment où le contrat se forme, aucune obligation ne naît à la charge du commodant. Mais si le commodataire fait des dépenses extraordinaires pour la conservation de l'objet qui lui a été prêté, à partir de ce moment naîtra à la charge du commodant l'obligation d'indemniser le commodataire de ses dépenses.

Actions qui naissent du commodat. — Le commodat donne naissance à deux actions :

1° à l'*actio commodati directa*, sanctionnant les obligations du commodataire ;

2° à l'*actio commodati contraria*, sanctionnant les obligations du commodant.

Tous deux sont de bonne foi.

b) *Dépôt.*

Définition. — Le dépôt est un contrat par lequel une personne appelée déposant confie la garde d'un objet à une autre personne appelée dépositaire, qui s'oblige à le lui rendre à première réquisition.

Caractères juridiques. — 1° C'est un contrat réel ; 2° c'est un contrat synallagmatique imparfait, donc de bonne foi ; 3° c'est un contrat essentiellement gratuit. C'est un service que le dépositaire rend au déposant. S'il se faisait payer une rémunération, ce serait un louage de services.

Condition de formation. — Pour que le contrat se forme, il faut qu'il y ait tradition d'une chose par le déposant au dépositaire. Par cette tradition le dépositaire est constitué simple détenteur de la chose déposée.

Obligations du dépositaire. — Le commodataire est tenu de deux obligations :

1° Conserver la chose déposée. Mais comme c'est un service gratuit qu'il rend au déposant, au cas de perte de la chose, il n'est responsable que si elle est la conséquence de son dol ou de sa faute lourde. Il ne répond pas de la faute légère seulement, comme le commodataire.

2° Restituer la chose déposée à première réquisition. Comme dans le commodat, c'est la chose elle-même qui doit être restituée et non pas un équivalent.

A la différence du commodataire, le dépositaire n'a pas le droit

de se servir de la chose déposée. S'il le fait, il commet un vol de l'usage (*furtum usus*) et subit toutes les conséquences, pénales et civiles du vol.

Obligations éventuelles du déposant. — Le déposant est tenu de rembourser au dépositaire toutes les dépenses, soit ordinaires, soit exceptionnelles qu'il a dû faire pour la conservation de l'objet déposé.

Actions qui naissent du dépôt. — Comme le commodat, le dépôt donne naissance à deux actions, toutes deux de bonne foi :

L'*actio depositi directa*, au profit du déposant contre le dépositaire.

L'*actio depositi contraria*, au profit du dépositaire contre le déposant.

Particularités du dépôt irrégulier. — *Définition.* — Le dépôt irrégulier est celui dans lequel le dépositaire peut se servir de la chose déposée et même l'aliéner, à charge d'en rendre l'équivalent.

Ressemblance avec le mutuum. — Le dépôt irrégulier ressemble au *mutuum* en ce que dans l'un et l'autre cas, celui qui reçoit l'objet qui forme la matière du contrat a le droit d'en disposer et n'est tenu que d'en rendre l'équivalent en valeur.

Différence. — La différence principale consiste en ce que le *mutuum* est un contrat de droit strict, tandis que le dépôt est un contrat de bonne foi. D'où cette conséquence que, dans le *mutuum*, un simple pacte ne suffit pas pour engendrer une obligation d'intérêts comme dans le dépôt.

c) *Gage.*

Définition. — Le gage est un contrat par lequel une personne remet à un créancier un objet pour garantir l'exécution d'une obligation.

Caractères juridiques. — 1° C'est un contrat réel ; 2° c'est un contrat synallagmatique imparfait ; 3° c'est un contrat accessoire, en ce qu'il sert de garantie au contrat principal qui en fait naître l'obligation. Son sort est lié étroitement à celui de ce contrat principal.

Condition de formation. — Comme pour le commodat et pour le dépôt, la tradition est nécessaire à la formation du gage. Mais la tradition a ici un effet plus étendu ; en ce qu'elle confère au créancier gagiste non pas seulement la détention, mais la possession proprement dite, garantie par les interdits possessoires.

Obligations du créancier gagiste. — Le créancier gagiste est tenu de deux obligations :

1° Conserver la chose donnée en gage. A cet égard sa responsabilité est aussi grande que celle du commodataire. Il répond de la faute légère que ne commettrait pas un bon père de famille (*Culpa levis in abstracto*).

2° Restituer la chose même qui lui a été remise, une fois la dette éteinte.

Comme le dépositaire, il ne doit pas s'en servir sous peine de commettre un *furtum usus*.

Obligations éventuelles du débiteur gagiste. — Elles sont les mêmes que celles du déposant : indemniser le créancier des dépenses ordinaires ou extraordinaires faites par lui pour la garde ou la conservation de la chose.

Actions qui naissent du gage. — Comme le commodat et le dépôt le gage donne naissance à deux actions :

1° *Actio pigneratitia directa*, au profit du débiteur contre le créancier gagiste ;

2° *Actio pigneratitia contraria* au profit du créancier gagiste contre le débiteur.

CHAPITRE III. — DES CONTRATS CONSENSUELS.

Définition. — Les contrats consensuels sont ceux qui se forment par le seul consentement des parties contractantes.

Enumération et division du chapitre. — Les contrats consensuels sont au nombre de quatre : Vente, louage société et mandat. Nous allons consacrer à chacun d'eux un des paragraphes de ce chapitre.

*** § 1. — La vente.

Définition. — La vente est le contrat par lequel une personne appelée vendeur s'oblige à transférer tous les droits qu'elle peut avoir sur une chose à une autre personne appelée acheteur, qui s'engage, en échange, à lui payer un prix en argent.

Caractères juridiques. — 1° La vente est un contrat consensuel ; 2° c'est un contrat synallagmatique parfait, donc, de bonne foi ; 3° c'est un contrat de droit des gens.

** **Différence entre le droit romain et le droit français.** —
1° En droit romain, à la différence du droit français, le vendeur

n'est pas tenu de transférer la propriété de la chose vendue à l'acheteur.

2° En droit romain, la vente n'opère pas par elle-même transfert de propriété, même quand le vendeur est propriétaire de la chose vendue. Le transfert de propriété ne résulte que d'une *mancipatio*, d'une *cessio in jure* ou d'une tradition, consécutive à la vente. Aujourd'hui, au contraire, la vente elle-même transfère à l'acheteur la propriété de la chose vendue.

** **Histoire de la vente.** — La vente est passée à Rome par trois phases :

1° Dans une première phase, on ne pratique que la vente au comptant ; la vente se confond avec l'aliénation ; elle se fait par mancipation.

2° Dans une seconde phase, apparaît la vente à crédit. C'est un contrat qui se forme par le moyen d'une double stipulation ; le vendeur stipule de l'acheteur le prix, et l'acheteur stipule du vendeur la chose vendue.

3° Enfin, à une époque indéterminée, vers la fin de la République, on admet que la vente peut se former par le simple accord des parties.

Points à étudier. — Au sujet de la vente nous étudierons les trois points suivants :

1° Les conditions de formation du contrat.

2° Les obligations du vendeur.

3° Les obligations de l'acheteur.

a) *Formation du contrat.*

Trois conditions requises. — Trois conditions sont requises pour la formation de la vente : 1° le consentement des parties ; 2° un objet ; 3° un prix.

1re Condition : Consentement. — *Son importance.* — Le consentement est indispensable à la formation de toute espèce de contrat. Mais, en matière de vente, cet élément a plus d'importance encore que pour tout autre, puisqu'il suffit à rendre l'obligation efficace sans aucun autre élément extérieur.

Vente subordonnée à un écrit. — Cependant les parties peuvent convenir que la vente sera subordonnée à la rédaction d'un écrit. Dans ce cas, la vente ne se forme que quand l'écrit est rédigé et signé par les deux parties.

Dation d'arrhes. — Les arrhes consistent généralement dans une somme d'argent que l'acheteur remet au vendeur. A l'épo-

que classique, elle servait simplement à constater la formation du contrat.

Sous Justinien, il en fut de même pour les ventes sans écrit. Mais pour les ventes avec écrit, la dation d'arrhes fut considérée comme procurant à chacune des parties un moyen de se dédire du contrat tant que l'écrit n'était pas parfait, en perdant au profit de l'autre la valeur des arrhes.

2e Condition : Un objet. — *Caractères.* — La vente pouvait avoir pour objet toute chose qui était dans le commerce, actuelle ou future.

* *Chose d'autrui.* — La vente de la chose d'autrui était valable Rien ne s'opposait, en effet, à ce que le vendeur s'obligeât à procurer à l'acheteur une chose dont il n'était pas propriétaire. Pour déterminer en pareil cas les droits de l'acheteur contre le vendeur, il fallait distinguer suivant que le vendeur était de bonne foi ou de mauvaise foi.

S'il était de bonne foi, l'acheteur ne pouvait pas se plaindre tant qu'il n'était pas troublé dans la possession de la chose vendue. Quand le trouble se produisait, c'était de ce trouble qu'il se plaignait et non de cette circonstance que la vente eût porté sur la chose d'autrui.

Si le vendeur était de mauvaise foi, l'acheteur pouvait, avant même l'éviction agir contre le vendeur, parce que ce dernier avait manqué à son obligation principale de ne pas commettre de dol.

3e Condition : Un prix. — *Le prix peut il n'être pas en argent ?* — Cette question avait été discutée. Les Sabiniens disaient : oui, invoquant l'historique de la vente, échange perfectionné Les Proculiens disaient non ; parce que les règles de la vente diffèrent de celles de l'échange. Cette dernière solution finit par l'emporter.

Caractères du prix. — Le prix devait être *verum, certum, justum.*

Verum, c'est-à-dire sincère et non fictif ; autrement, ce n'est plus une vente, mais une donation.

Certum, c'est-à-dire déterminé ou facile à déterminer.

Justum c'est-à-dire égal à la valeur de l'objet. D'après une constitution de Dioclétien le vendeur peut faire annuler la vente s'il est lésé de plus de moitié.

b) *Obligations du vendeur.*

Trois obligations principales. — Le vendeur est tenu de trois obligations principales :

1° Transférer à l'acheteur tous les droits qu'il peut avoir sur la chose vendue ;

2° Garantir l'acheteur contre l'éviction ;

3° Garantir l'acheteur contre les vices cachés.

** **1° Transfert de droits à l'acheteur** — *Etendue de cette obligation.* — Le vendeur n'est pas tenu positivement à transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue. Il n'est pas tenu de lui *dare rem venditam*, mais seulement de lui *tradere rem in vacuam possessionem* (de lui livrer la possession libre de la chose vendue).

Raisons de cette solution. — C'est, a-t-on dit, parce qu'au début les *res nec mancipi* n'étaient pas susceptibles de propriété quiritaire, et que la propriétaire quiritaire n'était pas accessible aux pérégrins. Dès lors, mettre à la charge du vendeur l'obligation de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue c'eût été interdire la vente aux pérégrins et aux choses *nec mancipi*.

De plus, si le vendeur était tenu de transférer la propriété de la chose vendue l'acheteur aurait pu l'actionner en justice en prétendant que ce transfert n'avait pas eu lieu.

Le vendeur pour établir le contraire eût dû démontrer qu'il était propriétaire de la chose vendue, preuve difficile à fournir.

Conséquences. — Malgré cela, l'acheteur n'était pas moins bien garanti qu'en droit français. En effet, toutes les fois que le vendeur était propriétaire, il devait transférer ce droit à l'acheteur sous peine de commettre un dol. Ainsi, pour la vente d'une chose *mancipi* il devait faire soit *mancipatio*, soit *cessio in jure* ; et non pas seulement tradition de la chose vendue.

*** **2° Obligation de garantie contre l'éviction.** — *Historique.* — L'obligation de garantie du vendeur en cas d'éviction a varié.

Dans la première phase de l'histoire de la vente, quand elle se faisait sous forme de mancipation, l'acheteur évincé avait contre le vendeur une *actio auctoritatis*, du double du prix, ayant un caractère pénal.

Dans la seconde phase, lorsque la vente se faisait à l'aide d'une double stipulation, il était d'usage que l'acheteur stipulât le dou-

ble du prix pour le cas d'éviction, à l'égard des choses précieuses, le simple pour les choses de moindre valeur.

Enfin, lorsque la vente devint un contrat consensuel, l'acheteur évincé avait contre le vendeur une double action : l'*actio empti*, résultant de plein droit de la vente et l'*actio ex stipulatu duplæ*, sanctionnant la stipulation que l'acheteur continuait à faire avec le vendeur pour les choses précieuses.

Différences entre l'actio empti et l'actio ex stipulatu duplæ. — 1° L'*actio empti* était une action de bonne foi, tandis que l'*actio ex stipulatu duplæ* était de droit strict.

2° D'où il suit que l'*actio ex stipulatu* ne peut être exercée que dans le cas où l'acheteur a subi une éviction au sens strict du mot, c'est-à-dire a succombé dans un procès ; s'il reste en possession de la chose vendue, mais à un autre titre qu'à celui d'acheteur, alors l'*actio ex stipulatu* ne peut s'exercer puisqu'il n'y a pas défaite judiciaire ; au contraire l'*actio empti* peut être intentée. Exemple : au cas de vente de la chose d'autrui, l'acheteur hérite du véritable propriétaire.

3° Par l'*actio ex stipulatu*, l'acheteur obtient le double du prix, quelle que soit la valeur de la chose vendue au moment de l'éviction. Tandis que par l'*actio empti*, il obtient la valeur de la chose due au moment de l'éviction ; il peut donc recevoir moins que le prix qu'il a payé en cas de diminution de valeur.

** 3° **Garantie des vices cachés**. — *Historique.* — D'après le droit civil le vendeur n'était garant que des vices dont il avait formellement garanti l'absence

Les Ediles curules, magistrats chargés de la police des marchés, déclara que le vendeur serait de plein droit responsable des vices cachés de la chose vendue, en dehors de toute convention formelle. Il créa en conséquence en faveur de l'acheteur deux actions : l'*actio redhibitoria* et l'*actio quanti minoris*

Actions édilitiennes. — Ces deux actions diffèrent à trois points de vue :

1° Par leur but. L'*actio redhibitoria* tend à la résolution du contrat ; tandis que l'*actio quanti minoris* tend à la diminution du prix.

2° Par leur durée. L'*actio redhibitoria* peut être exercée pendant six mois ; l'*actio quanti minoris* pendant un an

3° Par leur condition d'exercice. L'*actio redhibitoria* ne peut être exercée qu'une fois, l'*actio quanti minoris* autant de fois qu'il y a de vices successivement découverts.

c) *Obligations de l'acheteur.*

Deux obligations. — L'acheteur est tenu de deux obligations :

1° Prendre livraison de la chose vendue.

2° Payer le prix. Il doit en transférer la propriété au vendeur (*dare pretium*).

Ces deux obligations étaient sanctionnées par l'*actio venditi*.

Garanties du prix. — *Vente au comptant*. — Dans ce cas le vendeur peut refuser de livrer la chose vendue, tant qu'il n'est pas payé. Et s'il consent à livrer, il reste propriétaire malgré la tradition et peut revendiquer la chose vendue contre l'acheteur.

Vente à terme. — De plein droit le vendeur n'a aucune garantie : ni droit de rétention, ni droit de revendication. Mais en pratique, il s'en faisait consentir, soit en convenant que la tradition ne transférerait pas la propriété à l'acheteur (*pactum retenendi dominii*), soit en se réservant une hypothèque sur la chose vendue, soit par la *lex commissoria*.

La *lex commissoria* était une clause d'après laquelle la vente était résolue au cas de non-paiement du prix par l'acheteur. Cette clause est aujourd'hui sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques (art. 1184).

§ 2. — Le louage.

Définition. — Le louage est un contrat par lequel une personne s'engage à procurer à une autre personne, soit la jouissance d'une chose, soit l'exécution d'un ouvrage déterminé, soit ses services, moyennant le paiement d'une rémunération en argent, appelée *merces*, que s'engageait à lui fournir l'autre partie.

Variétés du louage. — De là il résulte qu'il existait trois sortes de louage, comme aujourd'hui :

1° Le louage de choses, *locatio conductio rei* ;

2° Le louage d'ouvrage, *locatio conductio operis faciendi*.

3° Le louage de services, *locatio conductio operarum*.

Caractères communs. — Le louage, sous ses trois formes, comporte les caractères suivants :

1° C'est un contrat synallagmatique ; ce caractère est nettement affirmé par les deux expressions *locatio conductio* qui servaient à le désigner.

2° C'est un contrat de bonne foi, conséquence du précédent caractère ;

3° C'est un contrat de droit des gens.

Terminologie — Dans le louage de choses on appelait *locator*, celui qui procurait la jouissance, et *conductor*, celui qui payait la *merces* ; il en était de même dans le louage de services. Au contraire, dans le louage d'ouvrage, une interversion de termes se produisait : le *locator* était celui qui payait la *merces* et le *conductor* celui qui fournissait le travail (1).

Division. — Nous étudierons successivement : le louage de choses, le louage d'ouvrage et le louage de services.

a) *Louage de choses.*

Obligation du locator. — Le *locator* est tenu :

1° De livrer la chose louée au *conductor*.

2° De lui en procurer la jouissance (*præstare uti frui*).

Ces obligations étaient sanctionnées par l'*actio conducti*, appartenant au preneur.

Obligations du conductor. — Le *conductor* est tenu :

1° De payer la *merces* aux époques convenues ;

2° De jouir de la chose louée en bon père de famille, sans la détourner de sa destination naturelle ;

3° De la restituer en bon état à la fin du bail.

Ces obligations étaient sanctionnées par l'*actio locati* appartenant au bailleur.

Fin du bail. — Le bail prenait fin :

1° Par la volonté des deux parties;

2° Par l'expiration du délai, généralement cinq ans ;

3° Par la volonté d'une des parties, lorsqu'il n'y avait pas terme dans le bail.

(1) M. Girard a expliqué cette particularité en la rattachant à la pratique administrative des censeurs. C'étaient eux qui présidaient à la location des terres du domaine de l'Etat ; on disait qu'ils plaçaient (*locabant*) les biens. De même, ils présidaient à l'adjudication des travaux à faire pour l'Etat (*locabant*), ils plaçaient les travaux à faire entre les mains de tel ou tel entrepreneur ; par opposition ceux qui prenaient à bail l'immeuble ou l'ouvrage à exécuter étaient appelés *conductor* (*qui cum ducit*, qui prend avec lui). De même pour le louage de services, il était d'usage que les magistrats, en entrant en charges, engageassent les services des personnes dont ils avaient besoin dans l'exercice de leurs fonctions (appariteurs, huissiers, etc.). Ces serviteurs venaient offrir leurs services sur la place publique ; chaque magistrat emmenait avec lui (*cum ducebat*, d'où le nom de *conductor*) ceux qu'il avait engagés. De cette pratique administrative les termes se seraient généralisés.

4° Par la perte de la chose louée. En pareil cas le *conductor* n'avait plus à payer la *merces*.

Cas de la vente de la chose louée. — *Époque classique.* — A l'époque classique, lorsque le bailleur vendait la chose louée, l'acquéreur pouvait expulser le preneur, qui avait simplement le droit d'agir en dommages intérêts contre le bailleur. C'était logique, puisque le preneur n'a qu'un droit de créance contre le bailleur et non un droit réel comme l'usufruitier. Il en résultait pour le fermier d'un immeuble rural une incertitude fâcheuse.

Bas-Empire. — Une constitution fameuse de Dioclétien, la loi *emptorem*, réalisa un progrès en décidant que l'acquéreur serait tenu de respecter le bail toutes les fois qu'une clause aurait été insérée à cet effet dans la vente. Aujourd'hui cette clause est toujours sous-entendue (art. 1643, C. civ.).

b) *Louage d'ouvrage.*

Obligation du conductor. — Le *conductor* c'est-à-dire l'entrepreneur, est tenu d'exécuter le travail dans les conditions et dans le délai qui ont été indiqués au contrat.

Cette obligation est sanctionnée par l'*actio locati* qui peut être exercée contre lui par le *locator*.

Obligation du locator. — Le *locator* est tenu de prendre livraison de l'ouvrage et de payer la *merces*.

Cette obligation est sanctionnée par l'*actio conducti*, appartenant à l'entrepreneur.

Question des risques. — Si l'objet du contrat vient à périr par cas fortuit, la perte est pour le *locator* si elle périt après la livraison, pour le *conductor*, si elle périt avant.

Fin du contrat. — Ce sont à peu près les mêmes causes que pour le louage de choses. Il faut y ajouter cependant la mort du *conductor*.

c) *Louage de services.*

Obligation du locator. — Le *locator* est tenu de fournir ses services au *conductor* pour tout le temps qui a été convenu.

Cette obligation est sanctionnée en justice par l'*actio conducti*.

Obligation du conductor. — Le *conductor* est tenu de payer la *merces*.

Elle serait due même si le *locator* avait été empêché de fournir ses services par un cas fortuit autre cependant que la maladie.

Cette obligation est sanctionnée par l'*actio locati*.

Fin du contrat. — Les règles sont les mêmes que pour le louage d'ouvrage.

§ 3. — La société.

Définition. — La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun dans le but de partager les bénéfices qui pourront en résulter.

Caractères juridiques — 1° La société est un contrat consensuel ;

2° C'est un contrat synallagmatique parfait ; donc de bonne foi ;

3° C'est un contrat formé *intuitu personæ*, c'est-à-dire en considération de la personne des contractants, par l'effet d'une confiance mutuelle ;

4° Il établit entre les associés un lien de fraternité (*quodam jus fraternitatis*), tempérant en pratique la rigueur des obligations contractées.

Classification des sociétés. — *Deux sortes*. — On distingue : les sociétés universelles et les sociétés particulières.

Sociétés universelles. — Elles sont de deux sortes : les sociétés de tous biens, mettant en commun tous les biens des associés, et les sociétés de tous gains, mettant en commun seulement les acquisitions réalisées par les associés.

Ces sociétés ne se rencontraient en pratique qu'entre le mari et la femme, ou entre les enfants après la mort du père.

Sociétés particulières. — Elles ont pour but une entreprise déterminée (*societas alicujus negotiationis*).

Eléments constitutifs de toute société. — La société exige comme éléments essentiels :

1° *Un apport effectué par chaque associé*. — Il peut consister dans une somme d'argent, dans un immeuble ou dans l'activité et l'intelligence d'un associé.

2° *Des bénéfices à réaliser comme but*. — Autrement, ce serait une association et non une société.

3° *La volonté de former une société*. — C'est ce qu'on appelle encore aujourd'hui l'*affectus societatis*.

Effets de la société. — *Absence de personnalité*. — A Rome, les sociétés ne constituaient pas des personnes morales. Il n'y avait d'exception que pour les grandes sociétés fermières des

impôts (*societates vectigales ou publicanorum*) ou pour les sociétés chargées d'exécuter les travaux publics.

Obligations qui en résultent. — Les associés sont tenus réciproquement :

1° D'effectuer l'apport qu'ils ont promis ;

2° De donner aux affaires sociales les mêmes soins qu'ils donnent à leurs propres affaires (*culpa levis in concreto*) ;

3° De contribuer aux pertes et de communiquer aux autres leur part dans les bénéfices réalisés.

Partage des bénéfices et des pertes. — A défaut de clause particulière, le partage des bénéfices et des pertes se faisait également entre les associés sans tenir compte de la différence des apports effectués par chacun d'eux.

Mais les associés pouvaient régler cette question dans le contrat, en proportionnant aux apports la part de chacun dans les bénéfices et les pertes.

La société était nulle comme société léonine si elle privait l'un des associés de toute part aux bénéfices.

Actions résultant de la société. — La société donnait lieu à deux actions :

1° A l'*actio pro socio*, pour l'exécution des obligations résultant du contrat.

2° A l'*actio communi dividundo*, pour obtenir le partage des choses communes formant le fonds social, après la dissolution de la société.

Extinction de la société. — La société se dissout :

1° Par la mort ou la *capitis deminutio* d'un associé ;

2° Par la volonté commune des associés, dans les sociétés formées pour un temps déterminé, par la volonté d'un seul des associés pour les sociétés formées sans limitation de durée ;

3° Par la réalisation du but poursuivi ou par la perte du fonds social.

§ 4. — Le mandat.

Définition. — Le mandat est un contrat par lequel une personne appelée mandant (*mandator*), charge une autre personne, appelée mandataire (*mandatarius* ou *procurator*), de faire pour son compte et dans son intérêt un acte déterminé ou une série d'actes.

Caractères juridiques. — 1° C'est un contrat consensuel ;

2° C'est un contrat synallagmatique imparfait ; donc un contrat de bonne foi ;

3° C'est un contrat formé *intuitu personæ*, comme la société, en raison de la confiance que le mandant accorde au mandataire ;

4° C'est un contrat gratuit.

Eléments constitutifs du contrat. — Pour que le contrat se forme il fallait :

1° Un fait licite ;

2° Un intérêt pécuniaire chez le mandant. Cependant, on avait fini par admettre, dans le cas où le mandat n'intéressait pas le mandant, que le mandat produirait tout de même ses effets, si le mandataire s'était volontairement exécuté ;

3° La gratuité. Car si le mandataire se fait payer il y avait louage d'ouvrage et non mandat.

Cependant, on avait fini par admettre que, à l'égard du médecin, du professeur, de l'avocat, il y aurait mandat valable malgré l'existence d'une rémunération. Dans ce cas, elle ne s'appelait pas *merces*, mais *honorarium*, et elle était réclamée par une procédure spéciale dans laquelle c'était le magistrat lui-même qui rendait la sentence, au lieu de renvoyer l'affaire devant un juge.

Obligations du mandataire. — Il devait : 1° exécuter l'acte dont il était chargé en restant dans les limites qui lui étaient assignées par le mandant ;

2 Rendre compte au mandant de sa mission ;

3 Transférer au cédant tous les droits qu'il avait acquis pour le compte du mandant dans l'exercice de son mandat.

Ces obligations étaient sanctionnées par l'*actio mandati directa*.

Obligations du mandant. — Il doit : 1° indemniser le mandataire des avances faites dans son intérêt et du dommage que l'exécution du mandat avait pu lui causer (1) ;

2° Prendre à sa charge les obligations contractées pour son compte par le mandataire.

(1) Lorsque le mandataire a outrepassé ses pouvoirs qu'arrivait-il ? Ainsi il avait acheté 150 fr. un meuble qu'il avait été chargé d'acheter 100 fr. Evidemment, il ne pouvait contraindre le mandant de lui rembourser 150 fr. Mais pouvait-il l'obliger à prendre le marché pour 100 en supportant la différence ? Non, disaient les Sabinens ; lorsqu'il dépasse ses pouvoirs le mandataire agit pour lui-même et non pour le mandant. Les Proculiens admettaient une solution contraire.

Ces obligations étaient sanctionnées par l'*actio mandati contraria*.

** **Théorie de la non représentation dans les actes juridiques.** — *Exposé.* — A Rome, à la différence de ce qui a lieu aujourd'hui, le mandataire ne représentait pas le mandant, il agissait en son nom personnel. En sorte que tous les actes qu'il faisait produisaient leurs effets en sa personne. C'est lui qui devenait créancier, propriétaire, débiteur ; sauf à faire ensuite passer sur la tête du mandant le bénéfice ou la charge des opérations qu'il avait faites pour son compte.

Tempéraments. — Nous avons vu précédemment que cette théorie avait reçu certains tempéraments en matière de possession et d'acquisition de la propriété par tradition.

Pour les contrats on finit par permettre aux tiers d'agir directement contre le mandant pour les obligations contractées dans son intérêt par le mandataire, ce dernier restant d'ailleurs tenu comme autrefois. Mais aucun texte ne permet d'affirmer que le mandant pût agir contre un tiers en vertu d'un contrat fait par le mandataire.

*** CHAPITRE IV. — DES CONTRATS INNOMMÉS.

Définition. — Le contrat innommé est une convention synallagmatique qui devient obligatoire et se transforme en contrat lorsque l'une des parties a exécuté sa prestation ; à partir de ce moment l'autre partie est obligée d'exécuter la sienne.

Exemple. — Je conviens avec vous que je vous donnerai l'esclave Stichus et qu'en échange vous me donnerez l'esclave Pamphile. Tant qu'il n'y avait que cette convention, il n'y avait encore aucune obligation. Mais si je vous transfère la propriété de l'esclave Stichus, vous serez tenu de me donner l'esclave Pamphile.

Différentes varietés. — On pouvait ramener les différents contrats innommés à quatre types essentiels : *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.

On appelait ces contrats innommés : 1° parce qu'ils n'entraient pas dans le cadre des contrats catalogués, étiquetés, reconnus par le droit civil primitif ; 2° parce qu'ils étaient sanctionnés par une action générale, qui était la même pour tous, au lieu d'être sanctionnés par une action spéciale à chacun d'eux.

Historique. — *Trois phases* — Les contrats innommés sont passés par trois phases successives

1re phase : Condictio causa data causa non secuta. — Dans une première phase, la partie qui s'était exécutée n'avait pas d'action pour contraindre l'autre partie à s'exécuter, elle pouvait seulement se faire rendre par elle ce qu'elle lui avait donné par la *condictio causa data causa non secuta*, en vertu de cette idée d'équité que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui.

2e phase : Actio de dolo. — Dans une seconde phase, postérieure au 7e siècle de Rome, lorsque le préteur Aquilius Gallus eût créé l'*actio de dolo* pour réprimer le dol, celui qui s'était exécuté put agir contre l'autre par cette action pour obtenir la réparation du préjudice que lui causait la non-exécution de la prestation promise par l'autre partie.

3e phase : Action en exécution. Enfin, on sanctionna le contrat innommé d'une façon directe par une action *in factum* permettant de contraindre la partie adverse à s'exécuter. Cela ne se fit pas tout d'un coup, pour tous les contrats innommés à la fois, mais progressivement et successivement, pour chacun d'eux : d'abord pour le cas le plus usuel, *do ut des*, puis pour le *do ut facias*, ensuite pour le *facio ut facias* et enfin, à l'époque d'Ulpien, pour le *facio ut des*.

Double sanction du contrat innommé. — En résumé donc, lorsque le contrat innommé fut arrivé à la période de son plein développement, la partie qui avait exécuté sa prestation dans un contrat innommé avait à son service deux actions :

1° La *condictio causa data causa non secuta*, ou *ob rem dati re non secuta* ou *sine causa*, pour faire résoudre le contrat et reprendre l'objet de sa prestation ;

2° L'*actio præscriptis verbis*, pour contraindre l'autre partie à s'exécuter.

Cette situation se rencontre encore de nos jours, en droit français, à l'occasion de toute espèce de contrat synallagmatique. Une pareille option s'offre à celle des deux parties qui s'est exécutée : ou bien de forcer l'autre partie à s'exécuter ou bien de faire résoudre le contrat (art. 1184, C. civ.).

** **De l'actio præscriptis verbis.** — *Sa signification.* — Cette action est ainsi appelée parce qu'en tête de sa formule le Préteur exposait ce qui s'était passé entre les deux parties dans une *præscriptio* (*verba*, paroles, *scripta*, écrits, *præ*, en tête),

Ses caractères. — 1° C'était une action conçue *in factum* et

qui cependant avait une *intentio in jus*. On ne comprendra bien ceci que quand on aura étudié plus tard la formule.

2° C'était une action civile, puisqu'elle était l'œuvre des jurisconsultes et non du préteur.

3° C'était une action de bonne foi. Sans doute, le contrat innommé était unilatéral ; puisqu'au moment où il se formait, une seule obligation naissait, à la charge de la partie qui ne s'était pas encore exécutée. Mais, la convention initiale dont elle était issue était synallagmatique, voilà pourquoi on avait reconnu à l'action le caractère d'action de bonne foi.

Son histoire. — D'après l'opinion commune cette action aurait été créée par Labéon pour être appliquée dans des hypothèses où il y avait contrat, mais sans qu'on pût dire lequel. On aurait étendu ensuite cette action aux contrats innommés suivant le processus décrit plus haut, malgré la résistance des Sabiniens qui étaient d'avis de ne pas créer une action nouvelle et de sanctionner les contrats innommés par des actions empruntées aux contrats nommés les plus rapprochants en les donnant en tant qu'actions utiles.

Cette opinion a été combattue par M. Girard (*op. cit.*, p. 570). D'après lui, le seul contrat innommé auquel aurait été appliquée l'*actio præscriptis verbis* est l'*æstimatum*. Les autres contrats innommés étaient sanctionnés par une action *in factum*, sans autre dénomination. Ce serait Justinien qui aurait généralisé l'application de l'*actio præscriptis verbis* à tous les contrats innommés.

Principaux contrats innommés. — Ce sont :

1° L'échange ;

2° L'*æstimatum* ;

3° Le *precarium*.

1° L'échange. — *Définition.* — C'est l'acte par lequel une personne donne une chose à une autre personne qui s'engage à lui donner autre chose à la place.

Différences avec la vente. — L'échange diffère de la vente à plusieurs points de vue :

1° La vente se forme par le seul consentement des parties. Au contraire, l'échange exige pour sa formation que l'une des parties transfère la propriété à l'autre partie.

2° Dans la vente, une seule partie (l'acheteur) est tenue de transférer la propriété ; l'autre (le vendeur) est seulement tenue de livrer la chose vendue.

Au contraire, dans l'échange, chaque partie est également tenue de l'obligation de transférer la propriété à l'autre.

3° Dans la vente, le vendeur n'a contre l'acheteur qu'une seule action, l'*actio venditi* pour le contraindre à payer le prix. Au contraire, dans l'échange celui qui s'est exécuté a deux actions à son choix, pour résoudre le contrat ou pour forcer l'autre partie à s'exécuter.

2° **L'æstimatum.** — C'est le contrat par lequel un marchand en gros remet des marchandises à un détaillant ou à un colporteur qui s'engage à lui en payer un prix déterminé (d'où *æstimatum*, estimation) s'il trouve à les vendre ou à les lui restituer dans le cas contraire. C'est pour ce contrat, qui n'était exactement, ni une vente, ni un louage, ni un mandat, qu'avait été créée l'*actio præscriptis verbis*, étendue plus tard aux autres contrats innommés.

3° **Le precarium.** — *Définition.* — C'est un contrat par lequel une personne remet à une autre personne, sur sa prière la possession d'une chose déterminée, pour s'en servir, à la charge de la restituer jusqu'à première réquisition. Ce contrat avait d'abord été sanctionné par l'interdit *de precario* et plus tard on lui appliqua l'*actio præscriptis verbis.*

Différences avec le commodat. — Ce contrat ressemble au commodat en ce que, comme lui, il a pour but de concéder à quelqu'un l'usage d'une chose à titre gratuit.

Mais il en diffère à plusieurs points de vue, et notamment sur les deux points suivants :

1° Dans le commodat, il y a un terme indiqué pour la restitution Dans le *precarium*, la restitution doit avoir lieu à première réquisition.

2° Dans le commodat, le commodataire répond de la faute légère, dans la garde de la chose ; tandis que le précariste n'est responsable que dans le cas de dol ou de faute lourde.

CHAPITRE V. — DES PACTES.

Définition. — Le pacte est un simple accord de volontés entre deux personnes, ne rentrant dans aucun des actes juridiques dénommés contrats par le droit romain.

Distinction. — On peut distinguer : 1° les pactes isolés ; 2° les pactes adjoints à un contrat.

§ 1. — Pactes isolés.

Définition. — Les pactes isolés sont ceux qui se présentent seuls, sans se rattacher à un contrat.

Principe général. — Le principe général à Rome est que le simple pacte n'est pas obligatoire. C'est pour cela qu'on l'appelle pacte nu, parce qu'il est dénué de tout effet juridique. Ce principe fut absolu au début ; et il resta vrai même sous Justinien malgré les exceptions qui y avaient été apportées. Tout un chapitre est consacré au Digeste au développement de cette règle (L. II, Tit. XIV *de pactis*).

Le pacte nu engendre-t il au moins une obligation naturelle ? — D'après l'opinion dominante, le pacte nu engendrerait au moins une obligation naturelle.

Cette opinion est combattue par M. Girard (*op. cit.*, p. 622, note 5). Pour lui, même une obligation naturelle ne résulterait pas des pactes nus ; il n'en serait ainsi que pour la convention d'intérêts jointe au *mutuum*, solution que les auteurs ont eu le tort de généraliser et d'appliquer à tous les pactes.

Exceptions au principe. — Pacta vestita. — Par exception dans certains cas, le pacte est sanctionné par une action ; on appelle les pactes de cette catégorie *pacta vestita* (pactes vêtus par opposition aux pactes nus).

Ils ont une double source : 1° l'édit du Préteur. Ce sont les pactes prétoriens ; 2° les constitutions impériales. Ce sont les pactes légitimes.

a) *Pactes prétoriens.*

Définition. — On appelle pactes prétoriens les pactes qui ont été munis d'une action par le Préteur.

Enumeration. — Ce sont : 1° le pacte de serment ; 2° le pacte de constitut ; 3° les *recepta* ; 4° le pacte d'hypothèque, dont nous avons parlé plus haut.

1° Pacte de serment. — *Définition.* — C'est une convention par laquelle un créancier et un débiteur ayant une contestation au sujet d'une créance conviennent qu'ils s'en remettront au serment l'un de l'autre pour décider du sort de la créance.

Effets. — Si c'est le débiteur qui, sur l'invitation du créancier, jure qu'il ne lui doit rien, le débiteur aura une exception à opposer à son créancier, l'exception de serment (*jurisjurandi*) pour repousser son action.

Si, au contraire, c'est le créancier qui, invité par le débiteur, jure que ce dernier lui doit telle somme, il pourra le poursuivre par l'action de serment (*actio de jurejurando*).

Dans l'un et l'autre cas, le rôle du juge se borne à examiner si le pacte de serment a bien existé et si le serment a bien été prêté.

2° **Pacte de constitut.** — *Définition.* — C'est une convention par laquelle une personne s'engage à acquitter à une époque déterminée une dette préexistante envers une autre personne.

Deux sortes. On en distinguait deux variétés : le constitut *proprii debiti*, fait par le débiteur lui-même pour sa propre dette ;

Le constitut *alieni debiti*, fait par une autre personne que le débiteur.

Constitut proprii debiti. — Il avait pour but : soit d'avancer, soit de reculer l'échéance, ou bien de transformer en obligation civile une obligation naturelle.

Constitut alieni debiti. — C'était un moyen pour une personne de se porter garante de la dette d'autrui.

Sanction. — Ce pacte était sanctionné par l'*actio pecuniæ constitutæ* ; action de droit strict ; action très rigoureuse, parce que celui qui succombait était condamné en outre de la somme due à la moitié de cette somme, pour le punir d'avoir à tort entrepris l'instance (*sponsio et restipulatio dimidiæ partis*).

3° **Recepta.** — *Définition.* — Sous le nom de *recepta* on entend des pactes qui ont pour objet la prise en charge d'une responsabilité par une personne

Variétés. — Cette convention comporte plusieurs variétés :

a) *Receptum argentarii*, c'est la convention par laquelle un banquier s'engageait à payer une somme d'argent pour le compte de son client.

b) *Receptum arbitrii*, c'est la convention par laquelle une personne consentait à servir d'arbitre dans un différend.

c) *Receptum* relatif aux *nautæ*, *caupones*, *stabularii*, par lequel des bateliers, des hôteliers ou des loueurs d'étables acceptent la responsabilité des bagages déposés dans leurs bateaux, dans leurs hôtels ou dans leurs étables.

b) *Pactes légitimes.*

Définition. — Les pactes légitimes sont ceux qui ont été sanctionnés par le droit impérial

Enumération. — Les pactes légitimes sont :

1° La convention de doter, rendue obligatoire par Théodose II en 428 ;

2° La convention de donation rendue obligatoire par Justinien ;

3° La convention de compromis, ayant pour objet de solutionner un litige par un arbitrage, sanctionnée par Justinien.

** § 2. — Pactes adjoints.

Définition. — Ce sont des pactes qui se réfèrent à un contrat, soit pour diminuer, soit pour augmenter les obligations qui en résultent ; ils peuvent être faits en même temps que le contrat (*in continenti*) ou postérieurement (*ex intervallo*).

Pactes faits in continenti. — 1° *Contrat de bonne foi.* — Les pactes sont considérés comme faisant corps avec le contrat. Dès lors, s'ils sont faits *ad augendam obligationem* (pacte d'intérêts), ils sont sanctionnés par l'action même du contrat ; s'ils sont faits *ad minuendam obligationem*, ils diminuent l'obligation de plein droit.

2° *Contrat de droit strict.* — Les pactes faits *ad minuendam obligationem* avaient fini pas être considérés comme faisant corps avec le contrat ; ils éteignaient l'obligation de plein droit.

Quant aux pactes *ad augendam obligationem*, on avait admis après bien des difficultés la même solution, en sorte qu'ils étaient sanctionnés par l'action même du contrat sauf cependant dans le *mutuum* ayant pour objet une somme d'argent.

Pactes faits ex intervallo. — *Principe.* — En général ces pactes sont sans effet ; ils ne produisent qu'une exception, laquelle est sous-entendue à l'égard des contrats de bonne foi.

Exception pour les contrats consensuels. — Au contraire, lorsqu'il s'agissait d'un contrat consensuel, un pacte fait après coup était obligatoire, lorsque le contrat primitif n'étant pas encore exécuté on pouvait considérer le pacte comme destiné à remplacer complètement le contrat. C'était comme un nouveau contrat consensuel destiné à remplacer l'ancien.

APPENDICE. — CONTRATS PASSÉS PAR UNE PERSONNE ALIENI JURIS.

Solution donnée par le droit civil. — En droit civil, les personnes *alieni juris* pouvaient rendre meilleure la condition de

ceux sous la puissance desquels elles se trouvaient ; elles ne pouvaient rendre leur condition pire ; en d'autres termes, un *paterfamilias* pouvait devenir créancier, il ne pouvait devenir débiteur par l'intermédiaire du fils de famille ou de l'esclave.

Réforme réalisée par le Préteur. — Le Préteur trouva cette solution injuste lorsque l'obligation avait été contractée sur l'ordre plus ou moins direct du père ou du maître, ou avait profité à ce dernier. Dans ce but il créa des actions, connues sous le nom d'*adjectitiæ qualitatis*. Ces actions sont : l'*actio quod jussu*, l'*actio exercitoria*, l'*actio institoria*, l'*actio tributoria* et l'*actio de peculio* (1).

On peut les classer en deux groupes : l'un comprenant les trois premières, l'autre les trois autres.

1er Groupe. — *Point commun.* — Le premier groupe se compose : de l'*actio quod jussu*, *exercitoria* et *institoria*.

Ces trois actions ont ceci de commun, c'est qu'elles permettent au créancier d'obtenir une condamnation du maître ou du père pour le montant intégral de la dette. Cela tient à cette idée que celui qui a traité avec l'esclave ou le fils de famille avait en vue en contractant la personne même et le crédit du père ou le maître agissant à l'aide d'un préposé.

Actio quod jussu. — L'*actio quod jussu* est donnée lorsque le fils ou l esclave a contracté avec l'adhésion du père ou du maître (*jussus*).

Actio exercitoria et institoria. — Ces deux actions s'appliquent, lorsque le fils ou l'esclave a pris un engagement pour l'exploita-

(1) *Remarques au sujet de ces actions.* — Il convient de faire à ce sujet les trois remarques suivantes :

1° Ces actions ne sont pas des actions originales, se suffisant à elles-mêmes. Ce sont plutôt des modalités des actions ordinaires : c'est-à-dire que ce sont les actions ordinaires, *actio ex stipulatu*, *actio venditi*, etc., qui sont exercées *quod jussu*, *exercitoria*, etc., lorsque le contrat est passé par un fils de famille ou un esclave et qu'on poursuit le père ou le maître.

2° La formule de ces actions est une formule avec transposition. C'est le nom du fils ou de l'esclave (avec en plus une fiction qu'il est libre) qui figure dans l'*intentio*, et la *condemnatio* est dirigée contre le père ou le maître.

3° Ces actions ont été appelées par les interprètes *adjectitiæ qualitatis* parce que ces actions contre le père de famille viennent s'ajouter à l'action directe que le créancier a contre le fils, qui, à la différence de l'esclave, s'oblige *civiliter*. Il ne peut pas les cumuler ; il a seulement le choix entre elles.

tion d'un commerce, dont il avait été chargé par le père ou le maître.

L'*actio exercitoria* a lieu au cas de commerce maritime ; le père ou le maître s'appelle alors *exercitor*, armateur et le fils ou l'esclave est le capitaine d'un navire (*magister navis*).

L'*actio institoria* s'applique au commerce terrestre ; le fils ou le maître est alors préposé à la direction de ce commerce (*institor*).

2e **Groupe**. — *Point commun*. — Le second groupe comprend l'action *de peculio*, *de in rem verso* et *tributoria*.

Elles ont ceci de commun, c'est qu'elles ne font condamner le père et le maître que dans une certaine mesure seulement : dans la mesure du pécule ou dans la mesure de l'enrichissement réalisé par le père ou par le maître dans son patrimoine propre.

Actio de peculio et de in rem verso. — Ces deux actions s'appliquent lorsque le fils ou l'esclave a contracté une obligation sans y avoir été autorisé formellement ou implicitement par le père ou le maître. Il n'y avait pas là deux actions distinctes ; mais bien une seule action, l'action *de peculio*. Mais elle contenait deux chefs de condamnation : la valeur du pécule et le montant de l'enrichissement.

Au cas de concours de plusieurs créanciers, celui qui agissait le premier était intégralement payé, puis le second, et ainsi de suite jusqu'à épuisement complet du pécule.

Actio tributoria. — Elle avait lieu quand le fils ou l'esclave avait affecté son pécule à un commerce avec l'autorisation du père ou du maître. Alors, les biens qui composaient le fonds de commerce devaient être répartis également entre tous les créanciers dont il formait le gage par les soins du père ou du maître. Dans le cas où cette répartition n'aurait pas été effectuée d'une façon exacte, le créancier qui avait reçu moins que sa part avait contre le père ou le maître l'*actio tributoria* pour lui réclamer la différence.

SECTION II. — DES SOURCES NON CONVENTIONNELLES D'OBLIGATIONS

Enumération. — Les sources non conventionnelles d'obligations étaient : d'une part, les délits ; d'autre part, différents faits

que les jurisconsultes romains groupaient sous la dénomination de *variæ causarum figuræ*.

Division de la section II. — Nous diviserons donc notre section II en deux chapitres

Chapitre Ier. — Des délits.

Chapitre II. — Des *variæ causarum figuræ*.

CHAPITRE PREMIER. — DES DÉLITS.

Evolution historique du droit pénal. — Le droit de punir a passé dans la plupart des législations par la même évolution : on le constate également dans le droit romain et dans le droit français.

1° Au début, c'est la vengeance privée qui s'exerce librement ;

2° La première limitation à ce droit de vengeance résulte de l'application du talion. Le mal infligé à l'auteur du délit doit être de même nature et de même importance que le mal éprouvé par sa victime ;

3° Le droit de vengeance est remplacé par une composition pécuniaire D'abord volontaire, elle est fixée par les parties elles-mêmes dans une convention. Plus tard, elle est imposée par la loi qui en fixe le montant ;

4° Enfin, l'Etat se substitue aux particuliers et procède lui-même à la répression.

Distinction fondamentale des délits. — On distinguait à Rome deux catégories de délits : les délits publics et les délits privés.

Les délits publics étaient ceux qui. causant un trouble général à la société, étaient réprimés au nom de la société à l'aide de peines corporelles.

Les délits privés, au contraire, étaient ceux qui, portant surtout atteinte à des intérêts particuliers,sans grand dommage pour l'ordre public,donnaient lieu à une poursuite devant les tribunaux ordinaires de la part de la victime du délit et aboutissaient à une condamnation pécuniaire ou *pœna*.

Cette *pœna*, consistant dans une somme d'argent, formait un châtiment pour l'auteur du délit et un enrichissement pour la victime. Celle ci pouvait, en outre, pour obtenir la réparation du préjudice que le délit lui avait causé.exercer une action distincte. Cette action était dite *rei persecutoria* par opposition à la première qui était *pœnæ persecutoria*. Tantôt la victime du délit avait

une seule action qui tendait à la fois à obtenir un enrichissement et à la réparation du préjudice causé, on l'appelait action mixte *tam rei quam pœnæ persecutoria*.

Classification des délits privés. — *Enumération*. — Les délits privés se divisent en délits civils et en délits prétoriens.

Délits civils. — Ce sont ceux qui ont été réprimés par le droit civil ; ce sont : le *furtum*, l'*injuria*, le *damnum injuria datum* de la loi Aquilia.

Délits prétoriens. — Ce sont ceux qui ont été réprimés par le droit prétorien. Ce sont : la *rapina*, le *dolus*, la *metus* et la *fraus creditorum*.

Nous allons consacrer à chacun d'eux un paragraphe de notre chapitre Ier.

§ 1. — **Furtum**.

Définition. — Le *furtum* ou vol était à Rome le maniement (*contrectatio*) frauduleux de la chose d'autrui, dans un esprit de lucre.

Eléments constitutifs. — *Deux sortes*. — Le *furtum* comportait deux éléments : un élément matériel, et un élément intentionnel.

1° *Elément matériel : contrectatio*. — Le vol était à Rome entendu d'une façon plus large qu'aujourd'hui. C'était tout maniement frauduleux de la chose d'autrui.

Cela comprenait :

a) La soustraction de la chose, *furtum rei*, qui seule aujourd'hui est considérée comme un vol proprement dit (art. 379, C. pén.).

b) L'abus de confiance ou détournement, consistant dans l'usage frauduleux de la chose d'autrui. C'est le *furtum usus* de la part du dépositaire ou du créancier gagiste qui se sert de la chose qui lui a été confiée par son propriétaire sans son autorisation. C'est encore le *furtum possessionis* commis par un débiteur qui reprend à son créancier la possession de l'objet qu'il lui avait donné en gage.

2° *Elément intentionnel*. — Il faut que le fait soit commis sciemment, avec l'intention de réaliser un bénéfice (*animus furandi*).

Répression du vol. — *Ancien droit*. — Le voleur pris en flagrant délit (*fur manifestus*) était puni de mort, si c'était un esclave ; il devenait l'esclave du volé si c'était un homme libre.

Quant au voleur non manifeste, il était puni de la peine du double de la valeur de l'objet volé.

Réforme du Préteur. — Le Préteur substitua aux peines corporelles du vol manifeste une peine pécuniaire du quadruple.

Des deux sortes d'actions résultant du vol. — Le *furtum* engendrait deux actions bien distinctes :

1° Une action pénale, *actio furti*, ayant pour but un châtiment pour le voleur, un enrichissement pour le volé ;

2° Une action en indemnité (*actio rei persecutoria*), en dédommagement du préjudice causé.

De l'actio furti. — *Caractères.* — 1° C'était une action pénale ; 2° une action au double, ou au quadruple (1), quelquefois au triple ; 3° une action réservée aux citoyens romains, et qui ne pouvait être intentée par les pérégrins que grâce à une fiction de cité insérée dans la formule.

Qui pouvait l'exercer ? — L'*actio furti* appartenait à toute personne intéressée à ce que le vol ne fût pas commis. En général, c'était le propriétaire ; quelquefois c'était une autre personne un usufruitier, ou un commodataire ou un créancier gagiste, qui était responsable du vol de la chose à l'égard du propriétaire.

Contre qui ? — L'*actio furti* ne pouvait être exercée que contre le voleur ou ses complices, mais non contre ses héritiers, en raison de la règle que la peine est personnelle.

Base de la condamnation. — Ce n'était pas la valeur vénale de l'objet volé qui servait de base à la condamnation, et qu'on multipliait par 2 3 ou 4 suivant les cas. Non ; c'était l'intérêt que presentait la chose pour le volé.

Actions rei persecutoriæ résultant du vol. — *Enumération.* — Les actions *rei persecutoriæ* résultant du vol étaient : la revendication, l'*actio ad exhibendum* et la *condictio furtiva.*

Différences avec l'actio furti. — 1° Elles tendaient à la réparation d'un préjudice et non à une peine, comme l'*actio furti.* 2 Elles étaient susceptibles d'être exercées contre les héritiers du voleur, contrairement à l'*actio furti.* 3° Elles appartenaient au propriétaire seul et non à toute personne intéressée ; 4° Elles ne pouvaient pas s exercer cumulativement mais alternativement ; au contraire, après avoir exercé l'une des actions *rei persecutoriæ*

(1) Au quadruple, au cas de *furtum manifestum* ; au triple au cas de *furtum oblatum* ou *conceptum.* Gaius, C. III, p. 191.

on peut encore exercer l'action pénale et inversement, puisqu'elles ne tendent pas au même but.

De la condictio furtiva. — *Définition.* — C'est une action personnelle, de droit strict, par laquelle le propriétaire de la chose volée poursuit le voleur ou ses héritiers pour faire reconnaître qu'il est tenu de lui transférer la propriété de cette chose.

Caractère anormal. — Cette action était anormale en ce que le vol n'avait pas enlevé au volé la propriété de sa chose pour la transférer au voleur. On l'avait admise pour deux raisons : l'une historique, l'autre pratique.

La raison historique était de suppléer, au début, pour les *res nec mancipi* volées à l'absence de revendication possible, ces choses n'étant pas susceptibles de propriété quiritaire.

La raison pratique était de rendre plus rigoureuse la situation du voleur. En effet, la *rei vindicatio* n'était possible contre les héritiers du voleur que s'ils possédaient la chose volée et elle s'éteignait par la perte fortuite de cette chose. Au contraire, la *condictio furtiva* pouvait dans tous les cas être exercée contre les héritiers ; et la perte fortuite de la chose volée n'éteignait pas la dette, le voleur étant en demeure de plein droit par le fait même du vol.

§ 2. — Injuria.

Définition. — L'*injuria* est toute espèce d'atteinte à la personne par coups, blessures, parole outrageante, libelle diffamatoire ou de toute autre façon.

1re période : Loi des XII Tables. — La répression de l'injure variait suivant les cas :

Pour un membre cassé, c'était le talion à moins de composition volontaire. Pour un os brisé, c'était une composition légale forfaitaire : 300 as pour un homme libre, 150 as pour un esclave. Pour toute autre injure la peine était de vingt cinq as (Gaius, III, 223).

2e période : Droit prétorien. — Le préteur créa l'*actio injuriarum æstimatoria* entraînant une condamnation pécuniaire dont le montant fixé par le juge variait suivant les circonstances, au lieu d'être établie à forfait par la loi.

Cette action présentait les caractères suivants : 1° elle était pénale ; 2° elle entraînait note d'infamie pour le condamné, 3° elle ne se transmettait aux héritiers ni activement, ni passivement.

3e période : Loi Cornelia. — Cette loi, rendue sous la dictature

de Sylla ne concerne que certaines injures : le libelle diffamatoire, la violation de domicile et les coups et blessures.

Elle donne dans ces cas à la victime du délit le choix entre une poursuite criminelle devant une *quæstio perpetua* et l'*actio injuriarum æstimatoria*, comportant condamnation fixée par le juge.

4e période : Sous Justinien. — Le système établi par la loi Cornelia est étendu à tous les cas d'injure.

*** § 3. — Damnum injuria datum de la loi Aquilia.

Définition. — La loi Aquilia a pour but de réprimer comme délits, sous le nom de *damnum injuria datum* (dommage infligé injustement), certains faits déterminés limitativement et qui portaient atteinte au droit d'autrui.

Comparaison avec le Code civil. — La loi Aquilia correspond à l'article 1382 du Code civil. Mais, tandis que le Code civil dans ce texte prévoit comme délit civil « tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui », la loi Aquilia ne s'appliquait qu'à un petit nombre de faits visés dans ses trois chapitres.

Caractère et date de cette loi. — La loi Aquilia était un plébiscite plutôt qu'une loi véritable. La date de cette loi fait doute. D'après les uns, ce serait entre 465 et 468 de Rome ; elle aurait suivi de près la loi Hortensia qui aurait rendu les plébiscites obligatoires (M. Cuq). D'après d'autres, sa date serait incertaine ; elle se placerait entre la loi des XII tables et le 7e siècle de Rome, sans qu'il soit possible de préciser davantage (M. Girard, *op. cit.*, p. 406, note 5).

Second chapitre de la loi Aquilia. — *Son objet.* — Ce chapitre, tout à fait différent du 1er et du 3e, vise le cas de l'*adstipulator* (1) qui a fait remise de la dette au débiteur en fraude des droits du stipulant principal. En le faisant il commet un délit et peut être poursuivi par le stipulant à l'aide de l'*actio legis Aquiliæ*.

Source de ce renseignement. — (Gaius, C. III, p 215). Ce second chef nous a été révélé par les commentaires de Gaius en 1816. Justinien n'en parle plus ; parce que de son temps on ne se sert plus d'*adstipulatio* qui n'a plus d'utilité.

(1) L'*adstipulator* était une personne que le créancier faisait stipuler en même temps que lui du débiteur. Vis-à-vis du stipulant principal, il était mandataire et tenu de lui rendre compte de ce qu'il aurait reçu du débiteur ; vis-à-vis du débiteur il était comme un véritable créancier.

Gaius dit qu'il ne voit pas bien l'utilité de ce second chapitre ; puisque le stipulant avait contre l'*adstipulator*, son mandataire, l'action de mandat ; si ce n'est ajoute-t-il que la loi Aquilia donne lieu à une condamnation au double en cas de résistance injuste du délinquant (*infitiatio*) Les auteurs modernes critiquent cette remarque de Gaius, ignorant, disent-ils, que, à ce moment, l'*actio mandati directa* n'était pas encore inventée. (Girard, p. 400, note 2.)

Premier et troisième chapitres. — *Leur objet.* — Le premier chapitre visait le meurtre d'un esclave ou d'un animal vivant en troupeaux. Le troisième chapitre s'appliquait à la blessure d'un esclave ou d'un animal du même genre, ainsi qu'à la destruction ou détérioration de toute autre chose corporelle

Montant de la condamnation. — Dans le premier chapitre c'était la plus haute valeur qu'avait eue l'objet dans l'année qui avait précédé le délit, dans le troisième chapitre c'était la plus haute valeur qu'avait eue l'objet dans les trente jours.

Conditions de la faute aquilienne. — Pour qu'il y eût faute aquilienne il fallait :

1° Un fait positif et non négatif Ainsi, donner un coup de poignard à un esclave, mais non le laisser mourir de faim (*culpa in committendo et non in omittendo*) ;

2° Une faute imputable à l'auteur du dommage ; mais la faute la plus légère suffisait (*in lege Aquilia culpa levissima venit*) ;

3° Un dommage causé sans droit (*injuria*). En cas de légitime défense, par exemple, pas de délit ;

4° Un dommage *corpori corpore datum*, c'est-à-dire impliquant un contact direct du corps de l'auteur du dommage et du corps de la victime. Exemple : un coup donné à un esclave.

Actio legis Aquiliæ. — *Caractères.* — L'action de la loi Aquilia était une action mixte, tant pénale que *rei persecutoria*. Elle tendait d'abord à réparer le préjudice causé ; en outre, elle pouvait procurer un enrichissement à la victime du délit : *a*) par la condamnation au double du défendeur (*infitiatio crescit in duplum*) ; *b*) par la différence de valeur que l'objet avait pu avoir dans les trente jours ou dans l'année du délit.

A qui elle appartenait. — Elle ne pouvait être exercée que par le propriétaire de la chose endommagée et il devait être citoyen romain.

Extension donnée à la loi Aquilia. — Dans la suite, la juris

prudence a étendu l'application de la loi Aquilia à deux points de vue :

1° L'*actio legis Aquiliæ* est donnée au cas où il y a dommage causé *corpori et non corpore* — on a effrayé un esclave qui est tombé dans un précipice — et même au cas de dommage causé *nec corpore nec corpori* — on a ouvert la porte de sa prison à un esclave qui a pris la fuite.

2° L'*actio legis Aquiliæ* est étendue au non-citoyen, à l'aide d'une fiction du droit de cité, à un usufruitier, à un créancier, à un possesseur ou détenteur.

§ 4. — Rapina.

Définition. — La *rapina* est le vol commis avec violence. Ce délit fut réprimé par un préteur, Terentius Lucullus, en l'an 678 de Rome.

Sanction. — Ce délit était sanctionné par l'*actio bonorum vi raptorum* qui était au quadruple de la valeur de l'objet. Action mixte : en réparation du dommage pour le simple, et pénale pour le surplus.

§ 5. — Dolus.

Définition. — Le dol est une manœuvre frauduleuse employée par une personne pour induire une autre personne dans l'erreur et la déterminer à faire un acte, soit matériel soit juridique.

Œuvre du Préteur. — C'est le Préteur qui a réprimé le dol comme un délit par l'*actio de dolo*, créée en 688 par Aquilius Gallus. Avant lui, on n'avait pas éprouvé le besoin d'une semblable répression, soit qu'on y vît un bon tour joué à un imbécile dont il n'y avait pas lieu de protéger la stupidité, soit que le formalisme primitif parût une sauvegarde suffisante contre la fraude.

Plus tard, on créa l'*exceptio doli*, et sous Hadrien l'*in integrum restitutio propter dolum*, pour rescinder l'acte.

Caractères de l'action de dol. — *Enumération.* — L'*actio doli* avait les caractères suivants : 1° pénale ; 2° infamante ; 3° subsidiaire ; 4° arbitraire ; 5° *in personam scripta.*

1° *Caractère pénal.* — Le caractère pénal de l'action se reconnaissait aux règles suivantes : *a*) elle était annale ; *b*) elle n'était pas donnée contre les héritiers de l'auteur du dol, sauf, à partir de l'Empire, pour la mesure de leur enrichissement.

2° *Caractère infamant.* — Le défendeur était condamné à la

valeur du préjudice causé, au simple, sans aucun multiple ; mais en revanche, il encourait l'infamie, au cas de condamnation.

3° *Caractère subsidiaire.* — Cela veut dire que cette action ne pouvait être exercée qu'à défaut de tout autre moyen de procédure. En sorte qu'on ne pouvait guère l'exercer que dans l'un des cas suivants.

Lorsque le dol avait eu pour résultat une remise de dette, ou un fait matériel, ou lorsque le dol avait été commis par le débiteur dans un contrat de droit strict, car dans un contrat de bonne foi, l'action même du contrat aurait suffi pour le réprimer.

4° *Caractère arbitraire.* — L'auteur du dol peut éviter la condamnation en réparant le préjudice causé.

5° *Caractère personnel.* — L'action de dol ne peut être exercée que contre l'auteur du dol ; c'est ce qu'on exprimait en disant qu'elle était *scripta in personam*. Solution conservée en droit français par l'article 1116 du Code civil.

§ 6. — Metus.

Définition. — La *metus* c'est la crainte inspirée par une personne à une autre, à l'aide d'un acte de violence, pour la déterminer à contracter.

En droit français, on désigne ce vice du consentement par sa cause, en l'appelant violence. A Rome, on le désignait par son effet même, et non par la cause qui l'avait déterminé.

Sanction de la metus. — Pour réprimer la violence, le préteur Octavius avait donné à celui qui en avait été victime une action *quod metus causa*, vers la fin du 7e siècle de Rome. Plus tard, avaient été instituées l'*exceptio quod metus causa* et la *restitutio in integrum propter metum*.

Caractères de l'actio quod metus causa. — *Caractères communs avec l'actio de dolo.* — Comme l'*actio de dolo*, l'action *quod metus causa* était : pénale et arbitraire.

Caractères particuliers. — Mais elle n'était ni au simple, ni infamante, ni subsidiaire, ni *in personam scripta*. Elle était au quadruple du préjudice causé ; et elle pouvait être exercée contre tous ceux qui avaient profité de la violence, sans en être les auteurs personnels. C'est ce qu'on exprimait en disant qu'elle était *in rem scripta*.

§ 7. — Fraus creditorum.

Définition. — La *fraus creditorum* consiste pour un débiteur à faire sciemment un acte qui le rend insolvable ou aggrave son insolvabilité.

Sanction établie par le Préteur. — Pour réprimer cette fraude, le Préteur avait d'abord donné au créancier un interdit fraudatoire, sur lequel on possède peu de renseignements.

Plus tard, à une époque indéterminée, un Préteur inconnu, du nom de Paul, créa au profit du créancier une action qui a conservé son nom, jusque dans le droit contemporain, et qu'on appelle encore de nos jours action paulienne.

Le créancier avait aussi, comme au cas de violence ou de dol, une exception et une *in integrum restitutio*.

Conditions d'exercice. — L'action paulienne était subordonnée pour son exercice à la réunion de plusieurs conditions :

1° Il fallait un acte appauvrissant le débiteur. Un acte par lequel il omet de s'enrichir ne suffisait pas.

2° Il fallait un acte rendant le débiteur insolvable ou plus insolvable (*eventus damni*). Cette insolvabilité était constatée par l'envoi des créanciers en possession des biens du débiteur (*missio in possessionem*).

3° Il fallait la complicité du tiers qui avait profité de l'acte accompli par le débiteur, sauf cependant lorsqu'il s'agissait d'un acte à titre gratuit. Dans ce cas, le tiers, même de bonne foi, pouvait être poursuivi.

Exercice de l'action. — *Qui l'exerçait ?* — L'action paulienne n'était pas susceptible d'être exercée par un créancier opérant isolément.

Elle était intentée, au nom de tous les créanciers, par le *curator bonorum vendendorum*, qui jouait à Rome dans la procédure de liquidation des biens d'un débiteur, un rôle analogue à celui que joue de nos jours le syndic de faillite. En sorte que tous les créanciers, même ceux qui étaient postérieurs à l'acte frauduleux, profitaient des résultats de l'action paulienne.

Contre qui elle était exercée ? — Contre le tiers bénéficiaire de l'acte frauduleux. Il était condamné au montant du dommage causé au créancier, lorsqu'il était complice du débiteur, au montant de son enrichissement, lorsqu'il était de bonne foi.

CHAPITRE II. — DES VARIÆ CAUSARUM FIGURÆ.

Définition. — Sous la dénomination de *variæ causarum figuræ* les jurisconsultes romains groupaient des sources variées d'obligations qui n'étaient ni des contrats, ni des délits, tout en se rapprochant d'eux à certains égards. Les commentateurs modernes les ont classées méthodiquement sous trois chefs : quasi-contrats, quasi-délits (1), et loi.

Obligations dérivant de la loi. — *Obligations dérivant de la parenté ou de l'alliance.* — 1° Obligation imposée au *paterfamilias* de doter sa fille ; 2° obligation alimentaire entre parents et alliés ; 3° obligation pour le mari de restituer la dot ; 4° obligations dérivant de la tutelle et curatelle.

Obligations dérivant de la propriété. — 1° En cas d'indivision, obligation de subir le partage ; 2° en cas de confusion de limites entre deux voisins, obligation de subir l'opération du bornage ; 3° obligation de ne pas modifier le cours des eaux pluviales au détriment des propriétaires de fonds non bâtis.

Division du chapitre II. — Ces détails suffisent en ce qui concerne les obligations légales. Nous consacrerons au contraire un paragraphe spécial aux quasi-contrats et aux quasi-délits.

§ 1. — Quasi-contrats.

Enumération. — Les quasi-contrats résultent de deux sources :
1° La gestion d'affaires ;
2° La théorie de l'enrichissement sans cause.

a) *Gestion d'affaires.*

Définition. — Il y a gestion d'affaires lorsqu'une personne s'occupe des intérêts d'une autre personne, sans en avoir reçu mandat.

Historique. — Jusqu'à la loi Æbutia aucune action n'est donnée pour sanctionner la gestion d'affaires. Après la loi Æbutia, le Préteur donna une action directe à celui dont l'affaire avait été gérée, et plus tard au gérant d'affaires une action contraire pour les dépenses qu'il avait faites.

(1) Ces deux expressions ne sont pas romaines. Les Romains disaient : obligations nées comme d'un contrat ; obligations nées comme d'un delit.

Plus tard, ces actions sont reconnues par le droit civil et d'actions *in factum* qu'elles étaient jusque là deviennent des actions *in jus*. Cette transformation est postérieure aux dernières années de la vie de Cicéron.

Effets de la gestion d'affaires. — Le maître de l'affaire a contre le gérant une *actio directa negotiorum gestorum* pour lui demander compte de sa gestion et des fautes qu'il a pu commettre par sa maladresse ou sa négligence.

Le gérant d'affaires a une *actio contraria negotiorum gestorum* pour se faire payer les avances qu'il a pu faire ou le préjudice que la gestion a pu lui causer.

Ces deux actions sont de bonne foi.

** b) *Théorie de l'enrichissement sans cause.*

Définition. — C'est une théorie admise d'assez bonne heure à Rome d'après laquelle nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui. La conséquence était l'obligation d'indemniser celui au préjudice duquel cet enrichissement avait eu lieu. Cette obligation était sanctionnée par une *condictio sine causa.*

Variétés de condictiones sine causa. — Il y avait plusieurs espèces de *condictiones sine causa* :

1° La *condictio furtiva*, étudiée plus haut ;

2° La *condictio causa data causa non secuta*, ou *ob rem dati re non secuta*, relative aux contrats innommés ;

3° La *condictio ob turpem vel injustam causam*, donnée au cas d'aliénation d'une chose dans un but immoral ou illicite ;

4° La *condictio indebiti* au cas de paiement indû ;

5° La *condictio sine causa* entendue au sens strict du mot.

Nous n'avons à parler que de ces deux dernières.

Condictio indebiti. — *Définition.* — La *condictio indebiti* est l'action en répétition de l'indû.

Conditions d'exercice. — Il faut la réunion des conditions suivantes :

1° Le fait même du paiement ;

2° Il faut qu'il y ait *indebitum* (indû),soit de la part de celui qui paie, soit de la part de celui qui reçoit, soit de l'un et de l'autre. L'exécution d'une obligation naturelle ne donne pas lieu à répétition ;

3° Il faut qu'il y ait erreur de la part de celui qui paie (*error solventis*) Autrement, il y aurait donation ;

4° Il faut que celui qui a payé ne se soit pas cru tenu en vertu

d'une cause qui croît au double au cas d'*infitiatio* (telle que la loi Aquilia) (1).

Montant de la condamnation. — Si l'*accipiens* (celui qui a reçu) est de bonne foi, il est condamné au montant de son enrichissement ; s'il est de mauvaise foi, il doit restituer tout ce qu'il a reçu.

Condictio sine causa proprement dite. — Elle était donnée dans un nombre de cas déterminé par les textes ; notamment au cas de tradition d'espèces faite par un impubère pour faire un *mutuum* en vue d'en obtenir la restitution (Inst. II.8.2).

* § 2. — Quasi-délits.

Différence avec le Droit français. — En droit français le critérium de la distinction des délits et des quasi-délits réside dans l'intention de nuire ; le délit implique l'intention de nuire de la part de son auteur, tandis que le quasi-délit n'implique pas cette intention.

Il n'en était pas de même en droit romain ; nous avons vu un délit qui n'exige pas pour son existence l'intention de nuire (celui de la loi Aquilia). Nous verrons, au contraire, que l'intention de nuire résulte d'un quasi délit, le cas du juge qui fait le procès sien.

A Rome, la distinction des délits et des quasi-délits est purement historique. Les délits sont les faits dommageables prévus par la législation primitive et les quasi délits les faits dommageables sanctionnés par la législation postérieure.

Enumération. — Les quasi-délits sont :

1° Le cas du juge qui fait le procès sien, c'est-à dire qui a rendu une sentence mauvaise par négligence ou mauvaise foi ;

2° Le cas où on a jeté des objets ou répandu un liquide d'un appartement et qu'il en résulte un préjudice pour quelqu'un (action *de dejectis et effusis*) ;

3° Le cas où on a suspendu ou déposé un objet dans un appartement qui pourrait tomber sur un passant (action *de positis* ou *suspensis*).

(1) Parce qu'autrement, dit M. Girard, le but de la loi (punir l'esprit de chicane) ne serait pas atteint. On paierait et puis on réclamerait en disant qu'on ne doit pas et on éviterait la peine du double.

APPENDICE. — DÉLITS COMMIS PAR LES PERSONNES EN PUISSANCE. — ACTIONS NOXALES.

Position de la question. — Lorsqu'une personne en puissance commettait un délit au détriment d'un tiers, le père ou le maître n'en était pas responsable pécuniairement comme aujourd'hui, en vertu de la théorie de la responsabilité civile (art. 1384, C. civ.). Cependant la victime du délit pouvait agir contre le père et le maître pour qu'il lui fît l'abandon du fils ou de l'esclave coupable à l'effet d'exercer sur lui sa vengeance.

Cet abandon s'appelait noxal (*noxali causa*), parce qu'il avait pour cause un préjudice causé.

On appelait action noxale l'action exercée par la victime du délit.

Cependant, le père ou le maître pouvait échapper à cet abandon en indemnisant la victime du délit.

Règles de l'exercice de l'action noxale. — *Noxa caput sequitur*. — Cette règle signifie que l'action noxale devait suivre le sort de la personne *alieni juris* auteur du délit. En sorte que si l'esclave avait changé de maître, c'était contre le propriétaire actuel et non contre celui qui le possédait au moment du délit, que l'action devait être exercée.

Transformation successive de l'obligation. — L'obligation du père ou du maître change de nature à trois moments :

a) Avant la *litis contestatio*, il est tenu d'une obligation facultative ; ce qu'il doit c'est l'abandon noxal ; mais il a la faculté de se libérer en payant une indemnité à la victime.

b) Après la *litis contestatio*, il est tenu d'une obligation alternative, ou bien faire l'abandon noxal ou indemniser la victime.

c) Après la condamnation, l'obligation redevient facultative, mais en sens inverse. Ce que doit le père ou le maître, c'est acquitter la condamnation ; mais il a la faculté de se libérer en faisant l'abandon noxal.

Effets de l'abandon noxal. — L'esclave passe dans le patrimoine de la victime du délit ; le fils de famille est seulement *in mancipio*. L'un et l'autre peuvent exiger leur libération lorsque par leur travail ils ont réparé le préjudice causé.

Réformes de Justinien. — Justinien a supprimé l'abandon noxal du fils de famille et maintenu celui de l'esclave.

SECTION III. — DES EFFETS DES OBLIGATIONS

Division de la section. — Nous diviserons cette section en deux chapitres :

Chapitre Ier. — Du droit commun des obligations.

Chapitre II. — Particularités de certaines obligations.

CHAPITRE PREMIER. — DU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS.

Formule générale. — Le débiteur est tenu d'exécuter son obligation dans les termes où il l'a contractée, et pour l'y contraindre le créancier a une action en justice, dont le nom, la formule et les effets varient suivant les contrats.

Il est responsable et tenu de dommages-intérêts lorsque l'exécution n'a pas eu lieu par sa faute. Il est, au contraire, libéré, lorsque l'inexécution résulte d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Division du chapitre Ier. — Nous diviserons le chapitre Ier en trois paragraphes :

§ 1. — Théorie des fautes.

§ 2. — Théorie des risques.

§ 3. — Théorie de la *mora*.

** § 1. — Théorie des fautes.

Définition. — C'est la théorie qui a pour objet de déterminer le degré de responsabilité qui incombe au débiteur au cas d'inexécution de l'obligation.

Distinction. — Cette question était résolue différemment dans les contrats de droit strict et dans les contrats de bonne foi.

Contrats de droit strict. — Dans les contrats de droit strict, le débiteur répond seulement de ses fautes positives (*in committendo*), et non pas de ses fautes négatives (*in omittendo*).

Ainsi, je me suis engagé à vous donner l'esclave Stichus, je serai responsable de sa mort, si je lui ai donné un coup de poi-

gnard, mais non si je le laisse mourir de faim, parce que je ne m'étais pas engagé à le nourrir

Contrats de bonne foi. — Ici le débiteur répond également des deux sortes de faute, *in committendo* ou *in omittendo* Il répond dans tous les cas de son dol et de sa faute lourde, tellement grossière qu'elle confine au dol.

Dans les contrats faits dans l'intérêt commun des deux parties (comme la vente ou le louage) ou dans l'intérêt exclusif du débiteur (comme le commodat), le débiteur répond, en outre, de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille (*culpa levis in abstracto*).

Quelquefois cependant, on se montre moins rigoureux pour le débiteur, on exige de lui simplement la même diligence que pour ses propres affaires (*eamdem diligentiam quam suis*), et il n'est responsable que des fautes qu'il n'aurait pas commises en les gérant (*culpa levis in concreto*). Il en est ainsi lorsqu'il gère sa propre affaire en gérant l'affaire d'autrui. Tel est l'associé, le copropriétaire, au cas d'indivision, le mari tenu de restituer la dot de sa femme.

* § 2. — Théorie des risques.

Définition. — C'est la théorie qui a pour objet de déterminer qui, du débiteur ou du créancier, subira les conséquences de l'inexécution de l'obligation, lorsqu'elle résulte d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Contrat unilatéral. — Dans un contrat unilatéral le débiteur est libéré par le cas fortuit ou la force majeure. La chose périt pour le créancier *res perit creditori*.

Contrat synallagmatique. — Dans une vente, si la chose vendue vient à périr par cas fortuit avant la livraison, l'acheteur sera tenu du paiement du prix quoiqu'il n'ait pas la chose.

Il en est autrement dans le louage si la chose donnée en location vient à périr, le locataire sera libéré du paiement du loyer pour l'avenir : son obligation n'a plus de cause, la jouissance ne pouvant plus lui être procurée.

*** § 3. — Théorie de la mora.

Définition. — La *mora* est le retard injuste que le débiteur met à payer ou que le créancier apporte à recevoir le paiement.

Deux sortes de mora. — Il y a donc deux sortes de *mora* :

la *mora debitoris*, ou demeure du débiteur, et la *mora creditoris*, ou demeure du créancier.

1° **Mora debitoris**. — *De quoi elle résulte*. — La simple échéance du terme ne suffit pas pour constituer le débiteur en demeure. Il faut que le créancier ait exigé de lui le paiement par une interpellation formelle.

Par exception, une interpellation n'est pas nécessaire : 1° si une clause expresse du contrat le déclare (*mora ex contractu*) ; 2° au cas de vol (*mora ex re*).

Effets de la mora. — 1° La *mora* met les risques à la charge du débiteur. C'est ce qu'on exprime en disant : *mora perpetuat obligationem*.

2° Dans les contrats de bonne foi, la *mora* rend les fruits de la chose due exigibles et fait courir les intérêts de la somme due (intérêts moratoires).

Dans les contrats de droit strict, les fruits ne sont exigibles qu'à partir de la *litis contestatio* ; quant aux intérêts d'une somme promise, ils ne sont dus ni *ex morâ* ni *ex lite contestatâ*.

2° **Mora creditoris**. — *De quoi elle résulte*. — La *mora creditoris* se produit lorsque le débiteur a fait des offres au créancier et que celui-ci les a refusées sans juste cause.

Effets de la mora. — 1° Elle met les risques au compte du créancier ; 2° elle purge la demeure du débiteur ; 3° elle met fin au cours des intérêts.

CHAPITRE II. — PARTICULARITÉS DE CERTAINES OBLIGATIONS.

Enumération et division du chapitre II. — Des règles particulières s'appliquent :

1° Aux obligations alternatives et facultatives ;

2° Aux obligations conditionnelles ou à terme ;

3° Aux obligations naturelles.

Nous consacrerons à chacune d'elles un paragraphe de ce chapitre.

§ 1. — Obligations alternatives et facultatives.

1° **Obligation alternative**. — *Définition*. — Une obligation alternative est celle qui porte sur deux objets, de telle sorte que

le débiteur est libéré en donnant l'un ou l'autre, à son choix, ou au choix du créancier.

Question des risques. — Si l'un des objets promis périt par cas fortuit, le débiteur doit fournir l'autre. Il n'est libéré que par la perte des deux objets de l'obligation.

2° **Obligation facultative**. — *Définition.* — Une obligation facultative est celle qui porte sur un seul objet, mais le débiteur a la faculté d'en donner un autre pour être libéré.

Différence avec l'obligation alternative. — Dans l'obligation alternative les deux objets sont promis, sont *in obligatione.* Dès lors si l'un périt par cas fortuit l'autre doit être fourni Au contraire, dans l'obligation facultative, un seul objet est dû, l'autre ne l'est pas, mais peut servir au paiement au gré du débiteur. En conséquence si l'objet dû périt, le débiteur est libéré.

3° **Obligations conditionnelles et à terme** — *Définition.* — La condition est un événement futur et incertain qui suspend la naissance ou la résolution d'un droit.

Le terme est un événement futur et inévitable qui retarde l'exercice ou l'extinction d un droit.

Il y a deux sortes de conditions et de termes : condition suspensive et condition résolutoire ; terme suspensif et terme extinctif.

Différences. — 1° Le terme est inévitable, la condition est aléatoire. 2° La condition suspensive retarde la naissance du droit ; le terme suspensif en retarde l'exercice seulement.

Particularités des règles du droit romain. — Nous nous bornerons à indiquer les points sur lesquels le droit romain se sépare du droit français en cette matière :

1° Avant Justinien, on ne pouvait pas stipuler pour après la mort du créancier, ni pour après la mort du débiteur. Justinien valida ces sortes de conventions.

2° On ne pouvait pas stipuler avec un terme extinctif (*ad diem*), ni sous condition résolutoire (*ad conditionem*). Lorsqu'une pareille stipulation était faite, le créancier pouvait, d'après le droit civil, agir contre le débiteur, malgré l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition Mais le Préteur intervint pour concilier le droit et l'équité en donnant au débiteur une exception de dol qui paralysait l'action du créancier.

** 4° **Obligations naturelles**. — *Définition.* — L'obligation naturelle est celle qui n'est pas sanctionnée par une action en justice, ni par le droit civil, ni par le droit honoraire.

Sources. — Il y a deux sortes d'obligations naturelles :

Les unes naissent naturelles ; les autres sont d'anciennes obligations civiles dégénérées.

1° *Obligations naturelles originaires.* — Telles sont :

a) L'obligation résultant d'un pacte (sous réserve de la controverse exposée plus haut) ;

b) L'obligation contractée par un esclave ;

c) L'obligation contractée par un fils de famille dans un *mutuum*, en vertu du sénatus-consulte Macédonien ;

d) L'obligation contractée entre personnes appartenant à la même maison (*domus*).

2° *Obligations civiles dégénérées.* — Telles sont :

a) Obligation prescrite ;

b) Obligation qui a donné lieu à une absolution du débiteur par suite d'une erreur du juge ;

c) Obligation que laisse subsister la *capitis deminutio*.

Effets habituels de l'obligation naturelle. — L'obligation naturelle ne produit pas des effets identiques dans tous les cas. On peut cependant considérer comme à peu près constants les effets suivants :

1° Effet négatif, l'obligation naturelle n'engendre pas d'action en faveur du créancier contre le débiteur ;

2° Effet positif, l'exécution de l'obligation naturelle est un paiement véritable, et elle exclut toute répétition de l'indû.

Au contraire, les effets suivants ne résultent que de certaines obligations naturelles :

Possibilité d'être opposée en compensation d'une obligation civile ; d'être novée ; de servir de base à un pacte de constitut, à un cautionnement ou à une hypothèque.

SECTION IV. — EXTINCTION DES OBLIGATIONS

** **Formalisme ancien : Le parallélisme.** — A Rome, pendant longtemps le paiement, c'est-à-dire l'exécution exacte de l'obligation par le débiteur ne suffisait pas pour éteindre sa dette. Le formalisme voulait que la dette ne pût s'éteindre que par un procédé inverse de celui qui avait servi à la faire naître. Outre le paiement, il fallait des paroles contraires dans le contrat *verbis*,

une pesée du métal, dans le *nexum*, une mention portée sur le registre, pour le contrat *litteris*. C'est ce système, établissant une symétrie absolue entre la formation et l'extinction des obligations, qu'on a appelé la règle du parallélisme.

A quelle époque ce système a disparu ? — On n'est pas d'accord sur l'époque à partir de laquelle le paiement par lui même a été obligatoire.

D'après les uns, ce serait seulement à l'époque de l'empereur Claude, vers l'an 54 de notre ère. C'est l'opinion de Mommsen, qui s'appuie sur des pièces comptables de commissaires-priseurs trouvées dans les ruines de Pompéi.

D'après M. Girard, ce progrès aurait été réalisé dès la fin de la République. Il résulterait de certains passages des écrits de Cicéron que, déjà à son époque, le paiement suffisait à éteindre les obligations.

Classification des modes d'extinction des obligations. — 1re *classification : volontaires et nécessaires.* — On peut classer les modes d'extinction en volontaires ou nécessaires, suivant qu'ils procèdent de la volonté des parties ou suivant qu'ils se produisent en dehors d'elles.

Sont volontaires : le paiement, la novation, la compensation, les conventions libératoires.

Sont nécessaires : la confusion, la perte de la chose due, la *capitis deminutio*, la prescription.

2e *classification : spéciaux ou généraux.* — Les modes d'extinction spéciaux sont ceux qui ne s'appliquent qu'à certaines obligations déterminées. Les modes d'extinction généraux s'appliquent à toutes les obligations sans distinction.

Sont spéciaux : l'*acceptilatio*, pour les obligations *verbis*, l'*æs et libram* pour les obligations nées du *nexum*, la *depensilatio* pour l'obligation née *litteris*, la remise de la chose pour les obligations contractées *re*, le mutuel dissentiment pour les obligations consensuelles.

Sont généraux : le paiement, la dation en paiement, la novation, le pacte de remise, etc.

** 3e *classification : causes d'extinction opérant ipso jure et exceptionis ope.* — Certaines causes d'extinction ont pour effet d'éteindre la dette réellement. D'autres, au contraire, sans supprimer la dette, procurent au débiteur poursuivi par son créancier un moyen d'éviter une condamnation en lui opposant une exception.

L'intérêt de la distinction est un intérêt de procédure. Au premier cas (extinction *ipso jure*) le débiteur a un moyen de défense proprement dit qu'il peut invoquer devant le juge pour la première fois. Au second cas (*exceptionis ope*), il faut qu'il fasse insérer par le préteur une exception dans la formule pour être absous par le juge.

Opèrent *ipso jure* : le paiement, la novation, l'*acceptilatio*, la *depensilatio*, l'extinction *per æs et libram*, la confusion, la perte de la chose due, la *capitis deminutio*.

Opèrent *exceptionis ope* : la compensation, le pacte *de non petendo* (ou de remise), le pacte de serment, le terme extinctif et la prescription.

Division de la section. — Nous diviserons la section en deux chapitres :

Chapitre Ier. — Des modes d'extinction opérant *ipso jure*.

Chapitre II. — Des modes d'extinction opérant *exceptionis ope*.

Chapitre III. — De la transmission des obligations.

CHAPITRE PREMIER. — MODES D'EXTINCTION OPÉRANT IPSO JURE.

Division du chapitre Ier. — Nous consacrerons un paragraphe spécial à l'étude de chacun des modes d'extinction énumérés ci-dessus.

§ 1. — Le paiement.

Définition. — Le paiement (*solutio*) consiste dans l'exécution trait pour trait de l'obligation : dans la dation d'une somme d'argent ou de toute autre chose, même dans un fait ou dans une abstention.

Qui peut payer ? — Le paiement peut être fait, soit par le débiteur, soit par toute autre personne intéressée à la dette, codébiteur ou caution, soit même par un tiers. Le créancier ne peut refuser le paiement d'un autre que du débiteur que lorsqu'il y a intérêt ; par exemple, au cas d'obligation de faire contractée *intuitu personæ* (en considération de la personne).

Capacité requise de celui qui paie. — Pour une obligation de donner (*dare*) celui qui paie doit être propriétaire et capable d'aliéner la chose qu'il donne en paiement.

A qui doit être fait le paiement ? — Le paiement doit être fait entre les mains du créancier ou de son fondé de pouvoir.

Capacité requise de celui qui reçoit le paiement. — Celui qui reçoit le paiement doit être capable de rendre sa condition pire ; car par là il cesse d'être créancier. Donc. un pupille ne peut pas recevoir un paiement valable sans l'*auctoritas tutoris*.

De la dation en paiement. — *Définition.* — Il y a dation en paiement lorsque le créancier consent à recevoir en paiement autre chose que ce qui avait été promis (*aliud pro alio*).

Controverse sur ses effets — D'après les Proculiens, la dation en paiement n'éteignait la dette qu'*exceptionis ope*.

D'après les Sabiniens, elles l'éteignait *ipso jure*

Intérêt pratique au cas d'éviction. — Le résultat était différent lorsque le créancier était évincé de la chose remise en paiement.

D'après la doctrine proculienne, l'obligation antérieure subsistait, le créancier pouvait l'exercer en faisant valoir les sûretés qui y étaient attachées.

D'après les Sabiniens, au contraire, le créancier était assimilable à un acheteur ; il était censé avoir acheté la chose donnée en paiement avec la somme payée par le débiteur. Il n'avait contre le débiteur que l'*actio empti* pour se faire indemniser, comme au cas de vente.

§ 2. — Novation.

Définition. — La novation est le transfert du contenu d'une ancienne obligation dans une obligation nouvelle, suivant une définition célèbre d Ulpien (1).

C'est une opération à double effet : elle éteint une dette et elle en fait naître une autre à la place.

Conditions de la novation à l'époque classique. — *Enumération.*— A l'époque classique pour qu'il y eût novation il fallait :

1° Identité d'objet ;

2° Une forme particulière, la stipulation ;

3° Un élément nouveau.

1° *Identité d'objet.* — A l'époque classique, on ne pouvait pas faire une novation par changement de l objet de la dette ; de là, la définition d'Ulpien « *prioris debiti translatio* ». On avait seulement admis ce tempérament qu'au lieu de stipuler la chose

(1) « Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio » (D. XLVI.II. 1. 1 princ.).

elle-même, *in specie*, on pourrait stipuler sa valeur en argent.

2° *Forme particulière.* — La novation ne résultait que de l'emploi d'une forme particulière, la stipulation. Ainsi lorsqu'on transformait un dépôt en *mutuum*, il n'y avait pas novation. Et ici, la forme l'emportait sur le fond. De telle sorte que la novation résultait de l'emploi de la stipulation sans qu'on eût à rechercher si les parties avaient réellement voulu nover. On présumait cette intention. C'est ainsi que Gaius dans ses Commentaires ne mentionne pas l'intention de nover (*animus novandi*) comme une condition spéciale de cet acte.

3° *Un élément nouveau.* — Il pouvait y avoir :

Novation par changement de créancier, par changement de débiteur, par changement de cause de l'obligation (transformation d'un *mutuum* en stipulant) ou par adjonction ou supposition d'un terme ou d'une condition.

Réformes de Justinien. — Justinien réforme le droit antérieur sur deux points :

1° Il admet la novation par changement d'objet ;

2° Il exige comme condition de la novation l'intention formelle de nover (*animus novandi*).

Effets de la novation. — La novation produisait les effets suivants :

1° Elle éteint la dette antérieure *ipso jure* et fait naître une dette nouvelle ;

2° Elle éteint les garanties soit réelles, soit personnelles de la dette ancienne ;

3° Elle arrête le cours des intérêts de la dette ancienne ;

4° Elle purge la demeure du débiteur.

** **De la novation nécessaire.** — *Définition.* — On appelle novation nécessaire celle qui résulte de la *litis contestatio* (1). Le droit en vertu duquel le demandeur agissait était éteint ; à la place naissait un droit à la condamnation du défendeur (2). On appelait cette novation nécessaire, par opposition à la novation

(1) C'est le moment de la procédure qui se place à la fin de la procédure devant le magistrat ; sous la procédure formulaire, elle avait lieu au moment de l'acceptation par les deux parties de la formule qui leur était remise par le magistrat.

(2) Ce point était très clairement expliqué par Gaius. C. III. 180. « Ante litem contestatam dare debitorem oportere ; post litem contestatam condemnari oportere ; post condemnationem, judicatum *face* oportere. »

ordinaire qui était dite volontaire, parce qu'elle s'imposait aux parties

Différences d'effets. — 1° La novation nécessaire éteignait la dette antérieure, tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*.

2° Elle laissait subsister les garanties de la dette, notamment les hypothèques.

3° Elle n'arrêtait pas le cours des intérêts conventionnels (*Lite contestata usuræ currunt*. D. XXII.I, n. 35).

4° Elle confirmait et renforçait la mise en demeure du débiteur au lieu de la purger.

On expliquait ces différences en disant que, lorsque nous agissons en justice c'est pour améliorer et non pour empirer notre situation (*neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes sed meliorem*. D. XLVI II, 29)

Délégation. — *Définition.* — Il y a délégation, lorsqu'une personne, appelée délégant, charge une autre personne, appelée délégué, de s'engager envers une troisième personne appelée délégataire.

A la délégation on oppose l'*expromissio* qui a lieu lorsque c'est de son propre mouvement qu'une personne s'engage à la place du débiteur envers le créancier.

Applications pratiques. — 1° Eteindre la dette du délégant envers le délégataire et du délégué envers le délégant.

2° Réaliser une donation ou un prêt ou constituer une dot soit entre le délégant et le délégataire, soit entre le délégué et le délégant.

*** § 3. — Acceptilatio.

Définition. — L'*acceptilatio* est l'acte par lequel le créancier déclare ou constate qu'il a reçu ce qui lui était dû par son débiteur.

Cette expression vient de « *acceptum ferre* », porter comme reçu.

Diverses sortes. — On peut distinguer : l'*acceptilatio* verbale, l'*acceptilatio* littérale, auxquelles on peut rattacher la libération *per æs et libram*.

*** a) *Acceptilatio verbale.*

Définition. — C'est celle qui était faite par paroles sacramentelles. Elle servait à éteindre seulement les obligations nées *verbis*.

Forme. — L'acceptilation était le contrepied de la stipulation.

Dans la stipulation c'était le créancier qui parlait le premier en interrogeant le débiteur Me promets-tu 1.000 serterces ? le débiteur répondait : je promets.

Dans l *acceptilatio* c'était le contraire. C'était le débiteur qui interrogeait. As-tu reçu ce que je t'ai promis (*Habesne acceptum quod tibi debeo ?*), le créancier répondait : J'ai reçu et je l'ai porté comme reçu (*Habeo acceptumque tuli*).

Fonction. — *Primitivement.* — Au début. l'*acceptilatio* devait accompagner toujours le paiement, puisqu'il n'était pas par lui-même libératoire.

A l'époque classique — A l'époque classique l'*acceptilatio* avait une double fonction :

1° Elle pouvait encore accompagner le paiement, pour le renforcer et éviter toute contestation sur sa validité.

2° Elle pouvait être employée comme moyen de réaliser une remise de dette C'était sa fonction la plus normale. On l'appelait *imaginaria solutio.*

Formule aquilienne — *Définition.* — On appelle ainsi une formule de stipulation, inventée à l'époque de Cicéron par un préteur Aquilius Gallus le créateur de l'*actio de dolo*), pour transformer toute espèce de droits en une obligation née *verbis*, pour l'éteindre ensuite par une *acceptilatio.*

Fonction. — L utilité de cette combinaison était d'opérer un règlement de comptes entre deux personnes, par exemple entre un tuteur et un pupille, à la fin de la tutelle, ou de réaliser une transaction relativement à un procès.

b) *Acceptilatio littérale.*

Définition — C'est un moyen d'éteindre une obligation née *litteris* par une mention contraire inscrite au codex.

Forme. — Elle consistait à mettre sur le codex qu'on avait reçu (*acceptum*) la somme due par telle personne.

c) *Libération per æs et libram.*

Définition. — C était le mode d'extinction des obligations résultant du *nexum.*

Forme. — Elle impliquait la présence de cinq témoins, du *libripens* et des parties. Il y avait pesée, réelle au début, fictive dans la suite, de pièces de monnaie remises par le débiteur au créancier, et déclaration par ce dernier qu'il avait reçu la somme

qui lui était due, de la première à la dernière (*primam postremamque*)

Fonction. — Elle pouvait servir à constater un paiement réellement effectué ou à procurer au débiteur une remise de dette.

§ 4. — Autres causes d'extinction ipso jure.

Confusion. — Il y avait extinction de la dette par confusion lorsque le créancier héritait du débiteur ou le débiteur du créancier.

Il y avait réunion dans la même personne de deux qualités incompatibles

Perte de la chose due. — Elle était une cause de libération du débiteur lorsque l objet dù étant un corps certain avait péri par cas fortuit sans que le débiteur fût en demeure.

Deminutio capitis. — *Droit civil.* — D après le droit civil les obligations non délictuelles s'éteignaient par la *deminutio capitis*, parce qu elles affectaient la personne juridique de l'individu, qui s'évanouissait. Au contraire, elle laissait intactes les obligations délictuelles qui affectaient plutôt la personne physique du coupable (en raison du droit de vengeance de la victime), laquelle n'était pas altérée.

Tempéraments. — Cette solution fut améliorée dans la suite en ce qui concerne les obligations non délictuelles.

Au cas de *deminutio capitis maxima* et *minima*, lorsque l'Etat confisquait les biens d un condamné il payait ses dettes à concurrence de son actif.

Au cas de *capitis deminutio minima* résultant de l'adrogation, le Préteur obligea l'adrogeant à acquitter les dettes de l'adrogé.

CHAPITRE II. — MODES D'EXTINCTION OPÉRANT EXCEPTIONIS OPE.

Division du chapitre II. — Nous consacrerons un paragraphe spécial à chacun des modes d'extinction énumérés ci dessus.

*** § 1. — Compensation.

Définition. — Il y a compensation lorsque le créancier devient débiteur de son débiteur ou inversement.

On peut concevoir une extinction des deux dettes à concurrence de la plus petite.

Histoire de la compensation. — De tous temps, le créancier et le débiteur entre lesquels existaient des causes juridiques de compensation ont pu s'entendre pour compenser leurs obligations respectives. Au contraire la compensation n'a pas toujours été considérée comme un moyen de libération pouvant être imposée par le débiteur au créancier. A cet égard, la compensation est passée à Rome par trois phases successives :

1° Avant Marc-Aurèle ;
2° Après Marc Aurèle ;
3° Sous Justinien.

Nous allons les étudier successivement.

a) *Avant Marc-Aurèle.*

Trois cas de compensation judiciaire. — La compensation judiciaire n'apparaît que sous la procédure formulaire, donc, après la loi Æbutia. Elle est admise dans trois cas :

1° Au cas de l'*argentarius* ;
2° Au cas de l'*emptor bonorum* ;
3° Au cas des contrats de bonne foi.

1° Compensation de l'argentarius. — *Hypothèse.* — Lorsqu'un *argentarius* (banquier) poursuivait un de ses clients il devait faire lui même la balance de son crédit et de son débit et ne lui réclamer en justice que le solde.

Sanction. — Si l'*argentarius* réclamait davantage, il commettait une *plus petitio*, le défendeur était absous, et le banquier ne pouvait plus agir contre lui, son action ayant été épuisée par la *litis contestatio*.

2° Compensation de l'emptor bonorum. — *Hypothèse.* — L'*emptor bonorum* était celui qui achetait en bloc le patrimoine d'un débiteur failli à charge par lui de payer à ses créanciers un dividende, c'est-à-dire un tant pour cent de leurs créances. Lorsqu'il poursuivait en justice un débiteur du failli, si ce débiteur était lui même créancier du failli, le juge devait déduire du montant de la dette la part du dividende qui lui revenait.

Sanction. — A la différence de l'*argentarius* pour lequel la compensation était faite dans l'*intentio*, à l'égard de l'*emptor bonorum* la compensation avait lieu dans la *condemnatio* par voie de *deductio*.

En conséquence, l'*emptor bonorum* ne subissait aucune dé-

chéance, pour cause de *plus petitio*, en réclamant davantage que la différence entre ce qui lui était dû et ce qu'il devait.

3° **Compensation dans les contrats de bonne foi**. — Enfin, lorsqu'un créancier agissait contre son débiteur en exécution d'un contrat de bonne foi, celui ci pouvait se défendre en lui opposant la compensation. Mais il fallait que la créance du défendeur fût née de la même cause, *ex pari causa*.

Ainsi, le vendeur poursuit l'acheteur en paiement du prix ; celui ci ne pouvait pas lui répondre qu'il lui devait pareille somme en vertu d'un prêt d'argent. Mais il pouvait lui objecter qu'il lui devait pareille somme parce qu'il lui avait livré un animal malade qui avait communiqué sa maladie à son troupeau.

b) *Rescrit de Marc-Aurèle*.

Objet de la réforme de Marc-Aurèle. — Au témoignage des Institutes de Justinien (4. 6. 30), un rescrit de Marc-Aurèle autorisa la compensation dans les contrats de droit strict, *in strictis judiciis*. Elle était invoquée par le défendeur sous forme d'exception de dol, en vertu de cette idée qu'il y a dol à réclamer à une personne ce qu'on sera obligé de lui restituer.

On en conclut logiquement que, désormais, dans les actions de bonne foi, la compensation pourrait être opposée pour une cause différente, *ex dispari causa* (1).

Effets de la compensation. — *Trois cas à considérer*. — Il y a trois cas à considérer :

1er Cas : les deux créances et les deux dettes sont égales (100 contre 100). Aucune difficulté. Le débiteur poursuivi sera absous.

2e Cas : la créance du demandeur est inférieure à celle que le défendeur a contre lui (50 contre 100). Le défendeur sera encore absous. Et il faudra qu'il poursuive à son tour le demandeur pour obtenir contre lui une condamnation pour la différence en raison du principe de l'unité de question qui dominait la procédure romaine.

3e Cas : la créance du demandeur est supérieure à celle du défendeur (100 contre 50). Dans ce cas grande controverse, résultant de textes contradictoires.

Opinion commune. — D'après l'opinion commune, le défen-

(1) En effet, les contrats de droit strict sont unilatéraux : donc le débiteur ne peut invoquer la compensation que d'une cause étrangère à ce contrat.

deur était condamné à la différence entre ce qu'il devait et ce qui lui était dû ; dans l'espèce, à 50.

Opinion de M. Girard. — D'après M. Girard, l'exception de dol une fois vérifiée, aboutissait à l'absolution du défendeur. Dès lors pour l'éviter, le demandeur lui même devait en pareil cas faire la balance de sa créance et de sa dette, comme l'*argentarius* en ne réclamant que la différence. En sorte que ce n'est pas l'exception opposée mais la crainte de se voir opposer l'exception de dol qui amenait la réduction de la dette (L. 27, p. 5, D. *de pactis*, II. XIV).

c) *Sous Justinien.*

Réformes de Justinien — En matière de compensation, Justinien réalise les réformes suivantes :

1° *Ipso jure.* — Il déclare que la compensation opérera désormais « *ipso jure* ». Nos anciens auteurs ont traduit ces mots par « de plein droit », dans ce sens que la compensation serait légale.

Ce n'était pas la véritable pensée de Justinien. Pour lui, la compensation devait toujours être l'œuvre du juge, puisqu'il indique les conditions dans lesquelles le juge doit l'admettre.

« *Ipso jure* » fait antithèse à « *exceptionis ope* ». Cela veut dire que la compensation devient un moyen de défense proprement dit, pouvant être invoqué après la *litis contestatio.*

2° *Actions réelles.* Justinien admet la compensation dans les actions réelles ; probablement pour le cas où l'action réelle ne peut se traduire pour le défendeur que par une condamnation pécuniaire.

3 *Restrictions.* — Enfin, Justinien restreint l'application de la compensation :

a) En la subordonnant à l'existence de deux dettes liquides ;

b) En ne permettant pas de l'opposer au fisc, ni au créancier d'une dette alimentaire, ni au déposant, ni à celui qui réclame une chose enlevée par violence.

§ 2. — Pacte de non petendo.

Deux sortes. — On distingue :

1° Le pacte *de non petendo*, pur et simple, c'est le pacte de remise de dette ;

2° Le pacte *de non petendo intra certum tempus*, c'est le pacte concédant un répit au débiteur.

Nous ne parlerons que du premier.

** **Comparaison avec l'acceptilatio.** — *Ressemblance.* — Le pacte *de non petendo* ressemble à l'*acceptilatio* en ce qu'il tend comme lui à libérer le débiteur par voie de remise gratuite de la dette.

Différences — Entre ces deux causes d'extinction existent de nombreuses différences :

1° L'*acceptilatio* s'applique seulement aux obligations nées *verbis* ; le pacte *de non petendo* à toutes sortes d'obligations.

2° L'*acceptilatio* éteint la dette *ipso jure*, le pacte *de non petendo*, *exceptionis ope*

3° Pour faire revivre une dette éteinte par voie d'*acceptilatio* il fallait un nouveau contrat ; un pacte était insuffisant. Au contraire, un pacte suffit pour faire renaître une dette éteinte par pacte. En effet, si le créancier poursuivant le débiteur, en vertu du contrat initial, le débiteur lui opposait le pacte *de non petendo*, le créancier pouvait lui répliquer en invoquant le pacte *de petendo* qui avait suivi.

4° L'*acceptilatio* pouvait être invoquée par les codébiteurs et les fidéjusseurs ; elle opérait *in rem* : puisque le créancier disait avoir reçu ce qui lui était dû Au contraire le créancier faisant un pacte *de non petendo* avec l'un de ses débiteurs pouvait limiter à ce débiteur seul l'effet de ce pacte.

§ 3. — Autres causes d'extinction exceptionis ope.

Pacte de serment. — Nous avons expliqué plus haut, comment il pouvait aboutir à libérer le débiteur.

Terme extinctif. — Il en est de même en ce qui concerne le terme extinctif et la condition résolutoire.

Prescription. — *Ancien droit et droit classique.* — Les actions civiles sont perpétuelles ; les actions prétoriennes durent une année, comme les pouvoirs du magistrat qui les a instituées.

Bas-Empire. — Une constitution de Théodose II et Honorius posa ce principe que toutes les actions tant réelles que personnelles se prescriraient au bout de trente ans L'action hypothécaire durait quarante ans.

Justinien porta à quarante ans les actions appartenant aux églises.

Quant aux actions du fisc, elles étaient imprescriptibles.

CHAPITRE III. — DE LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

Transmission des obligations après décès. — *Droit primitif.* — Au début, les obligations n'étaient transmissibles aux héritiers, ni activement, ni passivement. C'était une conséquence, rigoureuse, mais logique, de cette idée que l'obligation crée un rapport étroitement personnel, entre le créancier et le débiteur.

Loi des XII tables. — Dès la loi des XII tables, la règle de l'intransmissibilité des obligations avait été abandonnée. Cet abandon fut rendu facile par l'admission de la règle que l'héritier représente la personne de son auteur.

De l'incessibilité des obligations entre vifs. — *Principe admis à Rome.* — Du moment que les obligations n'étaient pas transmissibles aux héritiers, *à fortiori* ne devaient-elles pas pouvoir être transférées par le créancier à une autre personne par voie de cession. Et c'est, en effet, la solution qui fut admise de tout temps à Rome et qui est consacrée par Gaius, C. II, p. 38.

Expédients imaginés pour tourner le principe. — Il en résultait une très grande gène pour les transactions, surtout à Rome où le mandataire ne représentant pas le mandant, il fallait bien arriver à faire passer sur sa tète les créances qu'il avait fait naître par l'exécution de son mandat.

On eut recours pour cela à deux procédés : 1° à la novation par changement de créancier ; 2° à la *procuratio in rem suam.*

Procédé de la novation. — *Comment opérer ?* — Pour réaliser une cession de créance par le procédé de la novation, il suffisait que le cessionnaire stipulât du débiteur ce qui était dû au cédant.

Imperfections de ce moyen. — Ce moyen d'opérer offrait deux inconvénients :

1° Il fallait le consentement du débiteur ;

2° La novation éteignait la dette antérieure avec ses garanties particulières. C'était une dette nouvelle, sans garantie, qui naissait au profit du cessionnaire.

** **Procuratio in rem suam.** — *En quoi il consiste ?* — Le cédant donne mandat au cessionnaire de poursuivre le débiteur, dans son propre intérêt (*in rem suam*), en gardant pour lui le profit de l'exercice de l'action.

Supériorité de ce moyen sur le premier. — Ce moyen était meilleur que le procédé de la novation :

1° Parce qu'il n'exigeait ni l'intervention, ni l'adhésion du débiteur ;

2° Parce qu'il n'éteignait pas l'obligation, ni ses garanties spéciales.

Ses causes d'infériorité. — Il présentait des inconvénients. Ils tenaient à ce que le cessionnaire ne devenait maître de la créance qu'à partir de la *litis contestatio.* A partir de ce moment, par l'effet de la novation nécessaire, le droit passait du cédant au cessionnaire ; c'était en la personne même du cessionnaire que naissait le droit à la condamnation (1).

Mais jusqu'à ce moment, le cessionnaire n'était que mandataire ; d'où deux conséquences :

1° La mort du mandant le privait de son droit d'agir ;

2° Le débiteur pouvait continuer à payer au cédant.

Progrès réalisés. — Sur ces deux points on améliora la condition du cessionnaire.

1° On décida que quand il n'aurait plus les actions du cédant, en tant qu actions *mandatæ*, en raison de sa mort, il les exercerait en tant qu'actions utiles.

2° Une constitution de l'empereur Gordien porte que le débiteur ne pourra plus payer entre les mains du cédant, à partir du moment où le cessionnaire lui aura fait connaître l'existence de la cession, par une *litis denuntiatio* (C. 3 de nov.).

SECTION V. — DE LA GARANTIE DES OBLIGATIONS

Différentes sûretés possibles. — Pour se prémunir contre les risques d'insolvabilité de son débiteur, le créancier peut recourir à deux moyens : l'établissement de sûretés réelles ou de sûretés personnelles.

Les sûretés réelles consistent dans l'affectation d'un objet déterminé à garantir l'exécution d'une obligation. Ce sont le gage et l'hypothèque dont nous avons parlé plus haut.

(1) L'*intentio* de la formule était au nom du cédant, qui était le créancier, mais la *condemnatio* était libellée au nom du cessionnaire. C'était une formule avec transposition de noms ou formule Rutilienne.

Les sûretés personnelles consistent dans l'engagement de débiteurs accessoires. Ce sont : la corréalité, la solidarité et le cautionnement.

Division de la section V. — Nous diviserons notre section en trois chapitres :

Chapitre Ier. — La corréalité.

Chapitre II. — Le cautionnement.

Chapitre III. — Des incapacités spéciales en matière d'*intercessio*.

CHAPITRE PREMIER. — LA CORRÉALITÉ.

Définition. — La corréalité est une modalité des obligations qui existe lorsqu'une même chose est due pour le tout à plusieurs créanciers ou par plusieurs débiteurs de telle sorte que le paiement fait à l'un d'eux ou par l'un d'eux entraîne extinction de la dette.

Distinction. — De cette définition il résulte qu'il existe deux sortes de corréalité : la corréalité entre les créanciers ou corréalité active et la corréalité entre les débiteurs ou corréalité passive.

§ 1. — Corréalité active.

Traits caractéristiques. — La corréalité active comportait deux caractères essentiels :

1° Unité d'objet. *Una res vertitur* ;

2° Pluralité de créanciers.

Sources. — Elle pouvait résulter : notamment d'une stipulation ou d'un legs fait à plusieurs bénéficiaires.

Pour que la corréalité résultât d'une stipulation, il fallait supposer que tous les créanciers interrogent successivement le débiteur et qu'après toutes ces interrogations successives, une seule réponse du débiteur intervienne l'engageant une seule fois, pour la dette tout entière, à l'égard de chacun des créanciers

Rapports des créanciers correi et du débiteur. — Chacun des créanciers pouvait réclamer au débiteur le montant intégral de la dette. Mais comme à eux tous ils n'avaient qu'une seule action, si l'un d'eux agissait contre le débiteur,celui ci était libéré à l'égard des autres.

De même, en payant l'un des créanciers, le débiteur était libéré de sa dette envers tous.

Rapports des créanciers correi entre eux. — La corréalité ne faisait naître, par elle-même, aucun recours contre le créancier qui avait reçu le paiement au profit de ses cocréanciers. Mais ces derniers puisaient toujours dans leurs relations d'affaires, une cause juridique de recours, soit action de mandat, soit action de société.

* **De l'adstipulatio**. — *Définition*. — L'*adstipulatio* avait lieu lorsqu'un créancier faisait stipuler une autre personne à côté de lui (*stipuler ad, à côté*)

Utilité pratique. — Elle était double :

1° Elle procurait au créancier un représentant qui poursuivrait le débiteur à l'échéance, au cas où il serait lui-même absent et dans l'impossibilité de le faire.

2° C'était un moyen de rendre possible une stipulation pour après sa mort, en faveur de ses héritiers, pour réaliser une assurance sur la vie (Gaius, C. III. 117).

Effets. — 1° A l'égard du promettant, l'*adstipulator* était comme un véritable créancier *correus*. Il pouvait donc poursuivre en justice le débiteur ; recevoir un paiement, faire une *acceptilatio* libératoire pour le débiteur.

2° Vis-à-vis du stipulant principal, l'*adstipulator* était un simple mandataire, tenu à rendre compte. En conséquence, s'il faisait *acceptilatio* frauduleuse, il était responsable : 1° d'après la loi Aquilia, 2e chapitre (voir *suprà*) ; 2° par l'*actio mandati directa*.

Disparition sous Justinien. — L'*adstipulatio* a disparu sous Justinien, n'étant plus utile D'une part, la représentation en justice est assurée par des moyens plus perfectionnés. D'autre part, la stipulation pour après sa mort est validée.

** § 2. — Corréalité passive.

Traits caractéristiques. — La corréalité passive présentait deux caractères essentiels :

1° L'unité d'objet ; *una res vertitur* ;

2° La pluralité de débiteurs.

Sources. — Elle résultait notamment de la stipulation ou d'un legs mis à la charge de plusieurs héritiers avec cette aggravation particulière.

Dans une stipulation, il fallait que le créancier adressât une interrogation successive à chacun des débiteurs séparément, et que tous ensemble répondent : nous promettons.

Utilité pratique. — La corréalité passive était une garantie de paiement pour le créancier. En effet, le créancier peut espérer que l'un des débiteurs sera solvable.

Rapport du créancier et des débiteurs correi. — Le créancier pouvait réclamer le montant intégral de la dette à l'un quelconque des débiteurs. Mais il n'avait contre eux tous qu'une seule action. De telle sorte que s'il poursuivait l'un d'eux en justice, en raison de l'effet extinctif de la *litis contestatio,* les autres débiteurs étaient libérés, quand même celui qui avait été poursuivi était insolvable.

Cette règle, logique mais rigoureuse, diminuait beaucoup la sécurité que la corréalité pouvait procurer au créancier.

Rapports des débiteurs correi entre eux. — La corréalité ne faisait naître par elle-même aucun recours au profit du débiteur qui avait payé contre ses codébiteurs *correi*. Mais il puisait toujours dans leurs relations antérieures d'affaires un moyen d'action pour se faire rembourser ce qu'il avait payé en plus que sa part (action de mandat ou de société).

·· **De l'obligation in solidum ou solidarité.** — *Criterium de la distinction.* — On a autrefois beaucoup discuté au sujet de la distinction entre l'obligation *in solidum* et la corréalité passive. Voici l'opinion qui est aujourd'hui admise sur cette question d'une façon à peu près unanime. La corréalité résulterait de la convention des parties, soit dans un contrat de bonne foi, soit dans un contrat de droit strict. Au contraire, la solidarité serait le résultat d'une faute commise en commun par plusieurs personnes dans la garde d'un objet par plusieurs dépositaires, plusieurs commodataires, par exemple.

Point commun. — Le point commun entre ces deux modalités est que dans l'un et l'autre cas, le créancier peut réclamer le montant intégral de la dette à l'un quelconque des débiteurs.

Différences. — Mais entre ces deux modalités existent les différences suivantes :

1° Lorsque le créancier poursuivait l'un des codébiteurs *correi*, la *litis contestatio* éteignait son droit à l'égard des autres. Au contraire, les codébiteurs solidaires n'étaient pas libérés par la poursuite exercée contre l'un d'eux, mais par le paiement effectué par l'un d'eux.

2° Entre les codébiteurs solidaires était présumée l'existence d'une société, de telle sorte que, quand l'un d'eux avait payé le créancier, il avait de plein droit un recours contre les autres par l'*actio pro socio*.

*** CHAPITRE II. — LE CAUTIONNEMENT.

Définition. — Le cautionnement est un contrat par lequel une personne appelée caution s'engage envers un créancier à côté d'un débiteur, pour garantir plus efficacement l'exécution de l'obligation.

** **Tableau historique des différentes formes de cautionnement.** — La première forme du cautionnement à Rome a été la *sponsio. Idem spondesne? spondeo*, réservée aux citoyens romains.

Un peu plus tard on créa la *fidepromissio* pour les pérégrins. *Idem fidepromittisne? Fidepromitto.*

A la fin de la République apparut la *fidejussio. Idem fide tua esse jubes? fidejubeo.*

Sponsio. fidepromissio et *fidejussio* sont réunies sous le nom d'*adpromissiones* (*promissiones*, promesses par contrat verbal, *ad*, à côté).

Sous l'Empire furent usitées des formes nouvelles, plus simples en ce qu'elles n'étaient pas formalistes, *mandatum pecuniæ credendæ et constitut alieni debiti.*

Division du chapitre. — Nous étudierons dans autant de paragraphes distincts :

§ 1. — Les règles communes à la *sponsio* et à la *fidepromissio*.
§ 2. — Les règles de la *fidejussio*.
§ 3. — Le *mandatum pecuniæ credendæ.*

§ 1. — Sponsio et fidepromissio.

Différences. — Deux différences séparent seules la *sponsio* et la *fidepromissio*:

1° *La forme.* — Dans l'un, les paroles sont : *idem spondesne? spondeo* ; dans l'autre, *idem fidepromittisne? fidepromitto.*

2° *Le champ d'application.* — La *sponsio* s'applique aux citoyens romains seuls ; la *fidepromissio* est accessible aux pérégrins.

Ressemblances. — Elles nous sont très clairement exposées par Gaius, C. III, p. 118 à 123.

1° *Champ d'application.* — La *sponsio* et la *fidepromissio* ne peuvent garantir que des obligations nées *verbis* (p. 119).

2° *Transmissibilité.* — La dette du *sponsor* et du *fidepromissor* s'éteint par sa mort, ses héritiers n'en sont pas tenus (p. 120).

3° *Loi Furia.* — Une loi Furia, applicable seulement en Italie, contient deux règles importantes :

a) Au bout de deux ans (*biennio*) le *sponsor* et le *fidepromissor* sont libérés ; exception remarquable à la règle que les actions civiles sont perpétuelles.

b) La dette se divise de plein droit entre les *sponsores* et les *fidepromissores*, lorsqu'il y en a plusieurs (p. 121)

4° *Loi Apuleia.* — La loi Apuleia applicable en Italie et dans les provinces établit une société de plein droit entre les divers *sponsores* ou *fidepromissores* d'un même créancier.

De telle sorte que si l'un a payé la dette entière, il a un recours contre les autres par l'*actio pro socio*. Cette loi, antérieure à la loi Furia, n'eut plus d'intérêt, après cette loi, que pour les provinces (p. 122).

5° *Loi Cicereia.* — Une loi Cicereia fit un devoir au créancier de déclarer solennellement (*prædicat palam et declaret*) quel est le montant de la dette à cautionner et combien il y a de *sponsores* et de *fidepromissores*. A défaut de cela les cautions peuvent dans les trente jours faire constater l'omission par une action préjudicielle et ils seront libérés de leur obligation (p. 123).

§ 2. — La fidejussio.

Différences avec la sponsio et la fidepromissio. — Aucune des règles que nous avons indiquées comme régissant la *sponsio* et la *fidepromissio* ne s'appliquait à la *fidejussio*.

Condition juridique du fidéjusseur. — De ce que le fidéjusseur promettait *idem* la même chose que le débiteur principal, on en avait conclu qu'il était dans la même situation qu'un débiteur *correus*.

D'où les conséquences suivantes :

1° Le créancier n'avait qu'une seule action contre le fidéjusseur et contre le débiteur principal. S'il poursuivait l'un et si celui-ci était insolvable, il n'avait plus de recours contre l'autre.

2° Il pouvait poursuivre le fidéjusseur avant d'attaquer le débiteur principal.

3° Le fidéjusseur pouvait être contraint de payer le montant intégral de la dette, même s'il y avait à côté de lui d'autres fidéjusseurs solvables

4° Le fidéjusseur n'avait pas de plein droit un recours contre le débiteur principal quand il avait payé le créancier. Il devait établir l'existence d'un mandat ou de toute autre relation juridique existant entre lui et le débiteur.

Ces conséquences étaient bien rigoureuses pour le fidéjusseur et elles ne tenaient pas compte du caractère accessoire et subsidiaire de son engagement.

Des bénéfices accordés successivement au fidéjusseur. — C'est pour tempérer les rigueurs de ces solutions que l'on accorda successivement au fidéjusseur trois bénéfices :

1° Le bénéfice de cession d'actions ;

2° Le bénéfice de division ;

3° Le bénéfice de discussion.

** **1° Bénéfice de cession d'actions.** — *Définition.* — C'est le bénéfice en vertu duquel le fidéjusseur peut exiger du créancier avant de payer qu'il lui cède contre le débiteur toutes ses actions et tous ses droits.

Utilité pratique. — Cette cession d'actions présentait pour le fidéjusseur cette utilité qu'elle transportait sur sa tête toutes les garanties qui assuraient le paiement de la dette en la personne du créancier originaire.

Origine. — Elle avait été créée par les jurisconsultes eux-mêmes. Pour expliquer la survivance de la créance et de ses garanties accessoires au paiement effectué par le fidéjusseur, ils disaient qu'en réalité le fidéjusseur ne faisait pas un paiement ; il achetait plutôt les droits du créancier.

C'est ce bénéfice qui est l'origine historique de la subrogation qui est accordée par le Code civil à la caution (art. 1251, § 2 et 2029, C. civ.) ; seulement, aujourd'hui, cette substitution de la caution au créancier a lieu de plein droit, tandis qu'en droit romain, une convention entre le fidéjusseur et le créancier était nécessaire

** **2° Bénéfice de division.** — *Définition.* — C'est un bénéfice par lequel le fidéjusseur poursuivi pouvait contraindre le créancier à diviser ses poursuites entre tous les fidéjusseurs solvables et à ne réclamer à chacun d'eux que sa part dans la dette.

Origine. — Ce bénéfice a été créé par un rescrit de l'empereur Hadrien.

Condition d'application. — Le rescrit d'Hadrien différait de la la loi Furia sur deux points :

1° Il n'opérait pas comme elle, de plein droit la division de la dette entre les fidéjusseurs. Il accordait seulement au fidéjusseur poursuivi une exception *si non et illi solvendo sunt* (si les autres ne sont pas solvables).

2° Il subordonnait la division de la dette à la condition que les fidéjusseurs fussent solvables. En sorte que si parmi eux, les uns étaient solvables et les autres insolvables, la division n'avait lieu qu'entre ceux qui étaient solvables. Solution beaucoup plus logique, qui faisait supporter l'insolvabilité de l'un des fidéjusseurs aux autres et non pas au créancier, comme la loi Furia.

** 3° **Bénéfice de discussion.** — *Définition.* — Le bénéfice de discussion (*beneficium excussionis*) est celui par lequel le fidéjusseur pouvait contraindre le créancier à poursuivre le débiteur principal avant de le poursuivre lui-même.

Origine. — Ce bénéfice a été créé par Justinien.

Pratique suivie auparavant. — Auparavant, dès l'époque classique, le fidéjusseur qui était attaqué le premier avait un moyen d'éluder les effets de cette poursuite. Il n'avait qu'à donner mandat au créancier d'agir contre le débiteur principal. Le créancier avait tout intérêt à accepter ce mandat.

En effet, il avait de cette façon deux actions : contre le débiteur, il exerçait l'action résultant du contrat, la *condictio* ; et s'il n'était pas payé par lui, il se retournait contre le fidéjusseur à l'aide de l'*actio mandati contraria.*

Il y avait cependant une différence importante entre le procédé du mandat et le bénéfice de discussion. C'est que le créancier pouvait refuser le mandat qui lui était donné, tandis qu'il subissait le bénéfice de discussion.

* **De la fidejussio indemnitatis.** — *Définition.* — La *fidejussio indemnitatis* est une variété de *fidejussio* dans laquelle le fidéjusseur, au lieu de promettre au créancier la même chose que le débiteur principal, lui promet ce qu'il ne pourra pas recouvrer contre le débiteur principal (*quanto minus a reo consecuturus fuerit*).

Caractère de l'engagement. — Dans ce cas l'engagement du fidéjusseur est conditionnel et subsidiaire :

Conditionnel, en ce que le fidéjusseur s'engage à payer si le débiteur principal ne paie pas.

Subsidiaire, en ce que le fidéjusseur s'engage à payer à défaut du débiteur principal.

Conséquences. — Il en résultait une double conséquence :

1° C'est que le créancier pouvait poursuivre successivement le débiteur principal et le fidéjusseur, sans craindre de se voir opposer par ce dernier l'effet extinctif de la *litis contestatio* ;

2° C'est que le créancier ne pouvait poursuivre le fidéjusseur qu'après avoir établi l'insolvabilité du débiteur principal.

** § 3. — Mandatum pecuniæ credendæ.

Définition. — Le *mandatum pecuniæ credendæ* est le mandat donné par une personne à une autre personne de prêter de l'argent à une troisième personne.

Analyse juridique. — Il en résultait donc deux contrats successifs :

1° Mandat entre Primus et Secundus ;

2° *Mutuum* entre Secundus et Tertius.

Comment en résultait-il un cautionnement ? — Il en résultait un cautionnement, voici comment. Si Tertius, l'emprunteur, était insolvable, Secundus avait le droit de se retourner contre Primus au moyen de l'*actio mandati contraria*, pour se faire rembourser par lui.

Donc, dans cette opération le créancier était le mandataire, Secundus, le débiteur principal était l'emprunteur, Tertius, et la caution était le mandant.

*** **Différences entre la fidejussio et le mandatum pecuniæ credendæ.** — 1° La *fidejussio* est un contrat *verbis*, supposant la présence des deux parties ; tandis que le *mandatum pecuniæ credendæ* est un contrat consensuel, pouvant donc être conclu entre absents, par lettre.

2° La *fidejussio* est un contrat de droit strict ; tandis que le *mandatum pecuniæ credendæ* était un contrat de bonne foi De là on avait conclu que, dans le *mandatum pecuniæ credendæ*, la caution serait libérée si le créancier faisait périr une sûreté sur laquelle la caution avait compté pour se faire rembourser par le débiteur principal ce qu'il avait payé au créancier. C'est l'origine historique de l'article 2037 du Code civil. Cette solution n'était pas admise dans la *fidejussio*.

3° Au cas de *fidejussio*, le créancier n'avait qu'une seule action, l'action résultant de la stipulation contre le débiteur principal et contre le fidéjusseur. Au cas de *mandatum pecuniæ credendæ*, le créancier avait deux actions distinctes : l'une contre le débiteur principal, *condictio ex mutuo*, et l'autre contre la caution, *actio mandati contraria*.

4° La *fidejussio* pouvait précéder ou suivre la naissance de l'obligation principale ; tandis que le *mandatum pecuniæ credendæ* pouvait la précéder, mais jamais la suivre.

CHAPITRE III. — DES INCAPACITÉS SPÉCIALES EN MATIÈRE D'INTERCESSIO.

De l'intercessio. — L'*intercessio* est le fait par une personne de garantir la dette d'autrui de quelque façon que ce soit.

Double incapacité. — Deux personnes étaient incapables d'intercéder pour autrui :

1° Les esclaves ; par une *intercessio* ils n'engageaient pas leur maître, même à concurrence de leur pécule, par voie d'*actio de peculio* ;

2° Les femmes, d'après le sénatus-consulte Velléien

*** **Du sénatus-consulte Velléien.** — *Objet.* — Le sénatus-consulte Velléien, rendu sous l'empereur Claude, en l'an 46 de notre ère, interdit aux femmes d'intercéder pour autrui.

Précédents historiques. — Par là il généralisait une solution consacrée d'abord par un édit d'Auguste, confirmé par Claude lui même qui interdisait aux femmes mariées d'intercéder pour leur mari.

Raison d'être. — La raison de cette interdiction était double, au témoignage d'Ulpien :

1° Empêcher les femmes de s'occuper d'affaires (*virilia officia*) ;

2° Mettre les femmes à l'abri des dangers de l'intercession.

Sanction. — La sanction consistait dans la nullité radicale de l'engagement de la femme. Elle n'était pas même tenue d'une obligation naturelle, comme le fils de famille en vertu du sénatus-consulte Macédonien. Il en résultait que si elle avait payé sans invoquer le bénéfice du sénatus-consulte, elle pouvait répéter ce qu'elle avait donné.

Réformes de Justinien. — La principale réforme de Justinien

a consisté à reconnaître la validité de la renonciation faite par la femme au sénatus-consulte Velléien, à condition qu'elle persistât dans cette renonciation pendant deux ans. Cette renonciation était toujours nulle, lorsqu'elle était faite par la femme mariée, au cas d'*intercessio* dans l'intérêt de son mari. On revenait indirectement sous Justinien au régime de l'édit d'Auguste et de 1er édit de Claude.

QUATRIÈME PARTIE

LES SUCCESSIONS

Double sens du mot succession. — Le mot succession est pris dans deux sens :

1° Il veut dire d'abord : transmission du patrimoine d'une personne décédée à ceux qui sont appelés à le recueillir ;

2° Il veut dire aussi . patrimoine d'une personne décédée ; succession est alors synonyme d'hérédité.

En droit successoral, on appelle *de cujus*, le décédé. C'est celui de la succession duquel il s'agit (*de cujus successione agitur*).

Deux modes de transmission de l'hérédité. — La transmission de l'hérédité peut avoir lieu de deux façons différentes. Elle peut être réglée par la loi ou par la volonté même du défunt.

Dans le premier cas, on se trouve en présence de la succession légitime ou *ab intestat*, et dans le second cas, en présence de la succession testamentaire.

Historique. A Rome, comme chez la plupart des peuples civilisés, la succession *ab intestat* a dû précéder le testament. Le testament est apparu plus tard, comme une institution anormale, permettant au *paterfamilias* de porter atteinte aux droits traditionnels de la famille sur le patrimoine acquis en commun, par la possibilité de désigner un étranger comme héritier. Et tout d'abord, le testament se fit sous le contrôle et avec l'adhésion du peuple comme une véritable loi. C'est seulement à partir de la loi des XII tables que la liberté de tester est reconnue au citoyen romain.

Principes essentiels. — Deux principes essentiels dominent le régime successoral romain :

1° La supériorité du testament sur la succession *ab intestat*. Du jour où le testament fut admis à Rome, du jour surtout où la li-

berté de tester fut proclamée par la loi des XII tables, ce mode de disposer de ses biens prit la première place dans les habitudes des Romains. A tel point qu'ils considéraient comme un malheur véritable de mourir sans laisser un héritier testamentaire.

2° L'incompatibilité de la succession *ab intestat* et de la succession testamentaire. On ne pouvait pas mourir partie *testat* et partie *intestat*. C'était ou tout l'un ou tout l'autre. C'est ce qui était consacré par la règle suivante : *nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere potest.*

Division de la quatrième partie. — Nous diviserons la quatrième partie en trois sections :

Ire section : De la succession *ab intestat.*
IIe section : Du testament.
IIIe section : De l'acquisition de l'hérédité.

SECTION I. — DE LA SUCCESSION LÉGITIME OU AB INTESTAT

Quatre systèmes successifs. — La succession légitime ou *ab intestat* a été régie successivement par quatre systèmes différents :

1° La loi des XII tables ;
2° L'édit du magistrat ;
3° Les réformes du droit impérial ;
4° Les novelles de Justinien.

Nous allons consacrer à chacun d'eux un paragraphe spécial.

§ 1. — Loi des XII tables.

Enumération. — La loi des XII tables distinguait trois classes d'héritiers :

1° Les héritiers siens ;
2° Les agnats ;
3° Les *gentiles*.

1° **Héritiers siens.** — *Notion.* — Les héritiers siens étaient les descendants que le défunt avait sous sa puissance immédiate au moment de sa mort et qui devenaient *sui juris* par sa mort.

Explication. — On les appelait ainsi par allusion à la copropriété de famille. De leur vivant ils étaient censés avoir déjà un

droit abstrait au patrimoine que le *paterfamilias* laissait en mourant. En sorte que lorsqu'il en prenait possession, il héritait en quelque sorte de lui même.

2° **Agnats.** — *Notion.* — Les agnats étaient les parents qui étaient placés sous la *patria potestas* du même auteur commun à sa mort.

Dévolution. — Lorsque le défunt laissait des agnats à différents degrés, c'étaient les agnats les plus proches qui héritaient. Lorsqu'il y en avait plusieurs au même degré, ils partageaient par tête.

3° **Gentiles.** — Nous avons déjà vu qu'on n'était pas fixé à ce sujet. Nous renvoyons aux explications que nous avons fournies sur ce point précédemment.

Insuffisance de cette législation. — Cette législation était tout à fait insuffisante, en ce qu'elle ne tenait aucun compte de la parenté par le sang, et n'accordait aucun droit, ni à l'enfant émancipé, ni aux cognats. Le progrès de la législation consistera à faire une place de plus en plus grande aux sentiments de la parenté naturelle jusqu'à éliminer complètement la parenté artificielle de l'agnation. Ce sera l'œuvre successive du préteur, des empereurs et de Justinien.

§ 2. — L'édit des magistrats.

*** **De la bonorum possessio.** — L'œuvre du Préteur a consisté à accorder la possession des biens du défunt à ses parents naturels, soit concurremment avec les héritiers civils, soit à leur défaut, soit à leur détriment.

Il s'établit donc ainsi, en opposition avec les règles successorales du droit civil, une législation parallèle et concurrente ; à côté de l'hérédité civile, l'hérédité prétorienne, qu'on appelait *bonorum possessio*. L'héritier prétorien s'appelait *bonorum possessor* et non *heres*, parce que le Préteur ne pouvait pas heurter de front le droit civil, en faisant un héritier.

** **Moyen employé par le Préteur.** — D'après l'opinion commune, l'origine de la *bonorum possessio* se rattacherait à la procédure de la pétition d'hérédité. Lorsqu'un procès s'élevait au sujet d'une succession ouverte, le Préteur déterminait à qui appartiendrait la possession des biens, pendant la durée du procès. Plus tard, le Préteur fit cette détermination, même en dehors de tout procès, par avance.

Tout d'abord, il ne fit que confirmer les solutions du droit civil ; puis il les compléta, en appelant à défaut d'héritiers civils les parents les plus proches ; enfin il alla même jusqu'à appeler en concurrence ou par préférence à eux des parents exclus par le droit civil.

* **Acquisition de la bonorum possessio.** — *Demande et délai.* — Le *bonorum possessor* devait adresser au Préteur une demande dans un certain délai : en général cent jours, sauf les descendants qui avaient un délai plus long d'une année. Le Préteur statuait sans examen des faits.

Condition du bonorum possessor. — Le *bonorum possessor* était alors en possession d'un titre qu'il tenait du Préteur, comme l'héritier le tenait de la loi. Il ne devenait pas pour cela possesseur. Pour se mettre en possession il fallait qu'il exerçât contre celui qui détenait les biens héréditaires un interdit, appelé interdit *quorum bonorum*.

Il faut encore noter :

1° Que l'héritier prétorien était non pas *heres*, mais *loco heredis* (à la place d'un héritier, comme un héritier) ;

2° Qu'il avait, non la propriété quiritaire, mais la propriété bonitair des biens héréditaires ;

3° Qu'il n'avait pas les actions directes contre les débiteurs héréditaires et que les créanciers héréditaires n'avaient pas contre lui des actions directes, mais seulement des actions utiles.

Classification des bonorum possessiones. — On en distinguait de deux sortes :

1° Les *bonorum possessiones ab intestat*, délivrées à défaut de testament.

2° Les *bonorum possessiones testamentaires*, dont nous parlerons plus loin, délivrées au cas de succession testamentaire.

Bonorum possessiones ab intestat. — Il y en avait quatre sortes pour un ingénu :

1° *Bonorum possessio unde liberi.* — Elle est accordée aux descendants immédiats du défunt, qu'ils soient en puissance, ou qu'ils aient été émancipés ou donnés en adoption, pourvu, dans le dernier cas, qu'ils ne soient plus dans la famille adoptive

2° *Bonorum possessio unde legitimi.* — Elle appartient à ceux qui sont appelés par le droit civil, notamment aux agnats

3° *Bonorum possessio unde cognati.* — Elle est attribuée aux parents naturels, complètement sacrifiés par le droit civil, notamment aux parents par les femmes.

4° *Bonorum possessio unde vir et uxor.* — A défaut des trois autres classes, la succession revenait au conjoint survivant.

Conflit entre un héritier civil et un héritier prétorien. — Au début, dans le conflit, c'était l'héritier civil qui l'emportait. L'héritier prétorien n'avait donc qu'une possession intérimaire. On disait que la *bonorum possessio* lui était accordée *sine re* ou *sine effectu* (sans effet).

Plus tard, le Préteur permit à l'héritier de son choix de faire valoir ses droits même en présence de l'héritier civil, en lui accordant la *bonorum possessio cum re* ou *cum effectu* (avec effet).

Collatio bonorum liberi emancipati — *Définition.* — Lorsqu'un enfant émancipé venait recueillir la succession de son père en concours avec des frères restés en puissance, il devait faire l'apport des biens qu'il avait acquis depuis son émancipation. C'est cet apport qu'on appelait *collatio bonorum.*

Raison d'être. — Cette solution était juste. Alors que l'enfant émancipé acquérait pour lui même, ses frères restés en puissance continuaient à enrichir le patrimoine de la famille par les acquisitions qu'ils faisaient. La *collatio* imposée à l'émancipé rétablissait l'égalité qui, sans cela, aurait été rompue.

Biens non soumis à collatio — Logiquement, échappaient à la *collatio* les biens acquis par l'émancipé, qui lui auraient appartenu en propre s'il était resté en puissance. Tels étaient les biens rentrant dans les différents pécules.

Disparition de la collatio — Il en résulta qu'au fur et à mesure que l'aptitude d'acquérir du fils de famille augmentait, la *collatio* de l'émancipé tendait à s'amoindrir. A la fin, elle ne comprenait plus que la valeur de l'usufruit du pécule adventice.

Collatio dotis profectitiæ. — *Définition.* — Elle consiste dans l'obligation pour la fille qui a reçu une dot de son père (dot profectice) de rapporter cette dot lorsqu'elle vient à sa succession en concours avec des frères ou sœurs.

Son développement. — Plus tard on étendit la même obligation au fils de famille pour la *donatio propter nuptias* ou pour la donation à lui faite *ad emendam militiam* (pour acheter une charge). C'est l'origine lointaine de notre institution moderne du rapport à succession.

§ 3. — Réformes du droit impérial.

Sénatus-consultes Tertullien et Orphitien. — Les réformes

du droit impérial ont développé encore les droits successoraux de la famille naturelle.

1° Le sénatus-consulte Tertullien, rendu sous l'empereur Hadrien (117 à 138 après J.-C.), appelle la mère à la succession de ses enfants.

2° Le sénatus consulte Orphitien, rendu sous Marc-Aurèle et Commode (en l'an 178 après J.-C.), donne aux enfants des droits dans la succession de leur mère.

§ 4. — Réformes de Justinien.

Novelles 118 et 127. — Dans ses novelles 118 et 127 Justinien porte le dernier coup à la famille agnatique et assure le triomphe définitif des parents par le sang.

Quatre ordres d'héritiers. — Justinien établit quatre ordres d'héritiers :

1er ordre : les descendants.

2e ordre : les ascendants et les frères et sœurs germains.

3e ordre : les frères et sœurs consanguins (de même père) ou utérins (de même mère).

4e ordre : les collatéraux ordinaires.

SECTION II. — DU TESTAMENT

* **Définition.**— Le testament est l'acte par lequel on institue son héritier.

** **Trait essentiel.** — Le trait essentiel du testament romain était l'institution d'héritier.

On l'appelait pour cela *fundamentum totius testamenti*, la clef de voûte de tout le testament.

Conséquences logiques — Il en résultait logiquement, quoique rigoureusement, que si l'institution d'héritier était nulle ou caduque (par prédécès ou renonciation de l'héritier), le testament croulait avec elle ; notamment, les legs et les affranchissements qu'il contenait étaient sans effet.

** **Différence avec le droit français.** — Il en est bien différemment en droit français. L'article 895 définit le testament l'acte par lequel on dispose, pour après sa mort, de tout ou

partie de ses biens. Il peut ne contenir que des legs ; et les dispositions que contient le testament sont tout à fait indépendantes du sort réservé à l'institution d'héritier s'il en contient une.

Division de la section IIe. — Nous diviserons la section IIe en cinq chapitres :

Chapitre Ier. — Des formes du testament.
Chapitre II. — De l'institution d'héritier.
Chapitre III. — De la capacité en matière testamentaire.
Chapitre IV. — De la liberté de tester.
Chapitre V. — Des causes d'inefficacité du testament.

*** CHAPITRE PREMIER. — DES FORMES DU TESTAMENT.

Distinction. — Les formes du testament ont varié. Il y a lieu de distinguer :

1° Le droit civil primitif ;
2° Le droit prétorien ;
3° Le droit impérial.

*** § 1. — Droit civil primitif.

Cinq formes différentes. — D'après le droit civil, cinq formes différentes ont été successivement admises pour la confection d'un testament :

1° Le testament comitial, ou *calatis comitiis* ;
2° Le testament militaire, ou *in procinctu* ;
3° Le testament par l'airain et la balance, *per æs et libram* originaire ;
4° Le même testament perfectionné ;
5° Le testament nuncupatif.

*** 1° **Testament comitial.** — *Forme.* — Le testament comitial comme au début l'adrogation, se faisait devant les comices assemblés sous la présidence du grand pontife ou du *rex sacrorum*. Cette réunion avait lieu deux fois par an, le 24 mars et le 24 mai.

Rôle législatif au début. — Au début, comme pour l'adrogation, le rôle du peuple ainsi réuni était un rôle actif ; le peuple votait réellement, et approuvait les clauses du testament. C'était comme une loi concrète. Pourquoi ? parce que le testament apportait une modification à la loi successorale comme l'adrogation était une atteinte à la loi d'organisation de la famille.

Rôle de témoin depuis la loi des XII tables. — A partir de la loi des XII Tables, le rôle du peuple n'est plus qu'un rôle passif dans le testament comitial ; il n'est plus qu'un témoin. La liberté de tester est dès lors reconnue au citoyen romain.

Disparition. — Cette forme de testament disparut dès avant la fin de la République.

2° **Testament in procinctu.** — *Forme.* — C'est le testament militaire, fait devant le peuple rangé en bataille.

Origine. — Ici le peuple en armes jouait le rôle de témoin. On peut donc conjecturer qu'il n'apparut qu'après le moment où ce rôle eût été dévolu au peuple dans le testament comitial.

Disparition. — Il tomba également en désuétude avant la fin de la République.

** 3° **Testament per æs et libram originaire.** — *Forme.* — C'est un testament fait dans la forme d'une mancipation. Le testateur aliène son patrimoine au profit de l'acquéreur, *familiæ emptor*, qui joue le rôle d'héritier.

Origine historique. — C'est un expédient imaginé : 1° pour le cas où le testateur sur le point de mourir, ne pouvait attendre la prochaine réunion des comices ; 2° pour rendre le testament possible pour les plébéiens à l'époque où ils n'avaient pas encore l'entrée aux comices par curies.

Inconvénients de ce procédé. — 1° Le testament était irrévocable.

2° Il supposait le dépouillement du testateur de son vivant.

3° Il ne mettait pas à la charge de l'héritier l'obligation juridique, mais seulement l'obligation morale d'acquitter les dettes.

4° Il ne peut être fait au profit des personnes soumises à la puissance du testateur.

** 4° **Testament per æs et libram perfectionné.** — *Forme.* — La confection du testament *per æs et libram* perfectionné comporte deux parties bien distinctes : d'une part, la *mancipatio* ; d'autre part, la *nuncupatio*.

La *mancipatio* avait pour objet la vente de l'hérédité à l'*emptor familiæ*, comme précédemment. Ce n'était plus l'héritier véritable, mais un simple figurant, chargé de remettre l'hérédité à l'héritier véritable désigné dans la *nuncupatio*.

La *nuncupatio* se faisait ainsi : le testateur tenant à la main les tablettes de cire sur lesquelles il avait écrit ses volontés dernières, disait : C'est de la manière dont l'indiquent ces tablettes et cette cire que je donne, que je lègue, que je teste, et c'est pour

cela que, vous, *quirites*, vous me prêtez votre témoignage (Gaius, C. II, p. 104) (1). Les témoins apposaient leurs cachets sur les tablettes (*obsignatio*) en indiquant leur nom en regard (*superscriptio*).

Durée de ce testament. — Ce testament est apparu après la loi des XII tables. C'est probablement l'œuvre de quelque praticien. Il s'est maintenu jusque sous les premiers siècles de l'Empire, à l'époque d'Ulpien, sous les Sévères.

3° **Testament nuncupatif**. — *Forme*. — C'est une simplification du testament *per æs et libram*. C'est un testament verbal. Le testateur devant un certain nombre de témoins (5 avant Justinien, 7 depuis Justinien) déclare oralement quelles sont ses dernières volontés.

Origine historique. — Ce testament apparaît sous le Bas-Empire et il est encore en vigueur sous Justinien.

§ 2. — Droit prétorien.

Formes. — Le Préteur considère comme valable un testament écrit par le testateur, présenté à sept témoins et scellé par eux de leurs cachets.

C'était en définitive le testament *per æs et libram*, moins la *mancipatio*.

Cette réforme est antérieure à la préture de Verrès (680 de Rome).

Effets. — A l'héritier institué dans une semblable forme le préteur accordait simplement la *bonorum possessio secundum tabulas* (suivant les tablettes du testament). Longtemps elle fut *sine re*. Elle ne devint *cum re* que sous Antonin le Pieux.

§ 3. — Droit impérial.

Testament tripartite. — *Origine*. — Le testament impérial ou tripartite (*tripertitum*) a été réglementé par une constitution de Théodose II et de Valentinien III en 439.

Forme. — C'est un testament écrit ; le testateur le présente, ouvert ou fermé, à sept témoins. Le testateur et les sept témoins

(1) D'après M. Girard, au lieu d'écrire ses dispositions, le testateur pouvait le formuler oralement ; c'est ce qu'il appelle une *nuncupatio* orale. Mais Gaius n'en parle pas.

y font une *subscriptio*, c'est-à-dire qu'au bas de l'acte, ils inscrivent leur nom en indiquant dans une phrase qu'ils opèrent cette inscription. Enfin, le testament était revêtu du cachet des sept témoins avec leur nom en regard (*obsignatio et superscriptio*).

Terminologie. — On l'appelait *tripertitum*, parce qu'il avait emprunté ses règles à trois législations différentes :

1° Au droit civil primitif, la règle que le testament doit être fait sans interruption (*uno contextu*) ;

2° Au droit prétorien, la règle des sept témoins, avec apposition de leurs cachets ;

3° Au droit nouveau, la formalité de la *subscriptio*.

CHAPITRE II. — DE L'INSTITUTION D'HÉRITIER.

** **Forme de l'institution.** — *Sa place.* — L'institution d'héritier devait être faite au début du testament. Toute disposition antérieure est nulle. *Est caput totius testamenti*

Formule. — L'institution d'héritier doit être faite en termes sacramentels. D'abord, en latin ; puis en forme impérative. « Titius sois mon héritier ». on avait admis aussi cette formule : « J'ordonne que Titius soit mon héritier. »

Au contraire, on ne pouvait valablement dire : « Je veux que Titius soit mon héritier » ou « J'institue Titius », ou « Je le fais mon héritier » (Gaius, C. II, p. 117).

Ce formalisme rigoureux ne disparut qu'au Bas-Empire, en 339, pour les termes sacramentels, et en 439, pour l'emploi du latin.

Etendue de l'institution d'héritier. — *Héritier unique.* — L'héritier institué seul doit avoir vocation à toute la succession. C'était la conséquence directe de la règle *nemo partim*.

Lorsqu'un héritier était institué pour un bien déterminé, *ex re certa*, le testament n'était pas nul pour cela : on effaçait simplement l'indication de la *res certa*

Héritiers multiples. — Le défunt pouvait instituer plusieurs héritiers en même temps. Alors, il pouvait assigner à chacun d'eux une part différente (1), ou bien il les instituait sans déter-

(1) L'hérédité était considérée comme une unité ou *as*, divisé en douze parties égales ou *unciæ*. Le défunt pouvait accorder à l'un 5 onces et à l'autre 7 onces. Lorsque les parts qu'il avait attribuées étaient supérieures à 12, on supposait qu'il avait compté l'hérédité comme deux *as*.et on calcu-

mination de part. Dans ce dernier cas, ils se partageaient l'hérédité également.

Modalités de l'institution. — *Celles qui sont valables.* — On admet l'institution d'héritier sous condition suspensive, « si le navire arrive d'Asie », ou à terme suspensif incertain « à la mort de telle personne », en vertu de la règle que dans le testament le terme incertain est assimilé à la condition.

Celles qui ne sont pas valables. — On n'admet pas :

1° Le terme suspensif certain ; « qu'un tel soit mon héritier à partir des kalendes de mars » ;

2° Le terme extinctif, « qu'un tel soit mon héritier jusqu'aux kalendes de mars » ; *semel heres semper heres* ;

3° La condition impossible (si tu touches le ciel du doigt) et la condition illicite.

La sanction n'était pas la nullité de l'institution. La modalité était réputée non écrite et l'institution pure et simple.

Substitution vulgaire. — *Définition.* — C'est une institution subsidiaire, faite pour le cas où l'institution elle-même serait inefficace pour un motif quelconque.

Forme. — Elle était également solennelle et impérative. « Si Titius n'est pas mon héritier, que Mævius lui soit substitué. »

Utilité pratique. — Elle avait un double but :

1° Augmenter pour le défunt les chances de ne pas mourir *ab intestat* ;

2° Régler d'une façon particulière l'attribution de la part d'un défaillant au cas où il ne viendrait pas à la succession.

Exemple : le défunt instituait héritiers Primus, Secundus et Tertius. Il pouvait ensuite substituer à Primus, Secundus, pour que si Primus ne pouvait pas ou ne voulait pas recueillir, sa part revînt à Secundus pour le tout.

Substitution pupillaire. — *Définition.* — C'est l'institution d'héritier, faite par le père de famille dans son testament, pour le compte de son fils, pour le cas où celui-ci viendrait à mourir après lui, étant encore impubère et ne pouvant pas encore tester.

But. — Le but était le même ; assurer à l'enfant un héritier testamentaire.

Fondement. — Tout d'abord, on considéra qu'il y avait là pour

lait alors sur 24 et non sur 12. Ainsi, il donnait à l'un 7 onces, à l'autre 7 onces également et à un troisième le reste ; l'hérédité était ainsi divisée 7/24 pour le 1er, 7/24 pour le 2e, et 10/24 pour le troisième.

le père une simple extension de son droit de disposer de ses propres biens, puisque la succession du fils se composait en majeure partie des biens que lui avait transmis son père.

Mais, plus tard, on admit que le père pouvait faire une substitution pupillaire, même lorsqu'il aurait exhérédé son fils. Alors cette institution ne put être justifiée que comme une conséquence de la *patria potestas*.

Substitution quasi-pupillaire ou exemplaire. — C'est celle qui est faite par un ascendant pour son fils, même pubère, atteint d'aliénation mentale. Elle a été établie par Justinien.

CHAPITRE III. — DE LA CAPACITÉ EN MATIÈRE TESTAMENTAIRE.

Distinction fondamentale. — Il y a lieu de distinguer :

1° La capacité de faire un testament, ou *factio testamenti activa* ;

2° La capacité d'être institué héritier ou légataire dans un testament, ou *factio testamenti passiva*.

§ 1. — Capacité de faire un testament (Factio testamenti activa).

Trois groupes d'incapables. — Ne pouvaient faire un testament :

1° Ceux qui n'avaient pas le *commercium* ;

2° Les personnes *alieni juris* ;

3° Certaines personnes *sui juris*, pourvues du *commercium*.

1er Groupe : Absence de commercium. — *Idée générale.* — Le droit de faire un testament était un des attributs du *commercium*. En conséquence, tous ceux qui n'avaient pas le *commercium* en étaient privés.

Enumération. — Il en était ainsi pour les pérégrins. Cependant, ils pouvaient tester d'après leur loi nationale, si elle reconnaissait ce mode de disposer. Quant aux latins, ils pouvaient faire un testament, à l'exception cependant des latins juniens, dont les biens revenaient nécessairement à leur ancien maître.

2e Groupe : Personnes alieni juris. — *Idée générale.* — Le testament étant un mode de transmettre son patrimoine après sa mort, ceux qui n'avaient pas de patrimoine ne pouvaient pas faire un testament.

Enumération. — Il en était ainsi :

1° Pour les esclaves. Cependant l'esclave du peuple romain peut tester pour la moitié de son pécule ;

2° Pour les personnes en puissance : fils, filles, femmes *in manu.*

Cependant le fils de famille pouvait tester pour son pécule *castrens*, depuis Nerva et Trajan, et même sur son pécule *quasi-castrens*, sous Justinien.

3° Groupe : Certaines personnes sui juris ayant le commercium. — *Idée générale.* Ce sont des incapacités spéciales tenant à l'âge, à l'état mental ou au sexe.

En raison de l'âge. — Les impubères ne peuvent pas tester.

En raison de l'état mental. — Ne peuvent pas tester les fous ni les prodigues.

En raison du sexe. — Enfin, jusqu'à Hadrien, les femmes ingénues ne peuvent pas tester et cela dans l'intérêt des agnats. A partir d'Hadrien, le testament est permis aux femmes avec l'*auctoritas tutoris*. Cette dernière entrave n'a complètement disparu qu'avec la suppression de la tutelle des femmes sous Justinien.

§ 2. — Capacité d'être institué (Factio testamenti passiva).

Enumération. — Etaient incapables :

1° Ceux qui n'avaient pas le *commercium*, c'est-à-dire les pérégrins.

Les latins juniens, privés de la *factio testamenti activa*, jouissaient, au contraire, de la *factio testamenti passiva*.

2° Les femmes ne pouvaient pas être instituées par les citoyens portés sur le registre du cens comme étant de la première classe, c'est à dire possédant 100.000 as (22.000 francs environ). Cette incapacité avait été établie par la loi Voconia (585 de Rome) pour réprimer le luxe des femmes. Elle disparut avec la pratique du cens.

3° Les personnes incertaines, c'est-à dire celles dont le défunt ne pouvait se faire une idée précise. Telles étaient : les posthumes, et les personnes morales. Mais ces deux incapacités furent atténuées : la première par le préteur, la seconde par le droit chrétien en faveur de l'Eglise. Elles n'existent plus sous Justinien.

A quel moment doit exister la capacité ? — La capacité de l'institué doit exister à deux moments : 1° au moment de la con-

fection du testament ; 2° au moment de la mort du testateur. Mais il n'est pas nécessaire qu'elle existe pendant la période intermédiaire, en vertu de la règle : *media tempora non nocent* (Le temps intermédiaire ne nuit pas).

* **De l'institution d'un esclave.** — *Distinction.* — Il faut distinguer deux cas : 1° l'institué est l'esclave du défunt ; 2° l'institué est l'esclave d'autrui.

1er *Cas : Esclave du défunt.* — Le défunt pouvait instituer héritier son propre esclave, en l'affranchissant ; sous Justinien, on sous entendait l'affranchissement, quand il n'avait pas eu lieu.

En pratique, on instituait son esclave quand on laissait une succession grevée de dettes, qu'une personne libre n'aurait pas acceptée. L'esclave, lui, était héritier nécessaire ; il ne pouvait pas répudier l'hérédité. C'était un autre moyen de ne pas mourir *ab intestat.*

2e *Cas : Esclave d'autrui* — L'esclave d'autrui pouvait être institué à condition que son maître eût la *factio testamenti activa.* Car c'était lui, le véritable gratifié.

CHAPITRE IV. — DE LA LIBERTÉ DE TESTER.

*** **Historique.** — *Au début, pas de liberté.* — D'après l'opinion communément enseignée, la liberté de tester n'aurait pas existé au profit du *paterfamilias* au début tout à fait de la législation romaine. A cette époque, en effet, le testament se fait par une loi comitiale ; l'adhésion du peuple est donc nécessaire.

Loi des XII tables : liberté absolue. — Mais cette liberté de tester apparaît le jour où le peuple ne joue plus dans le testament comitial qu'un rôle de témoin et non plus de législateur. Cette réforme est réalisée à l'époque de la loi des XII tables. Elle est consacrée par la formule fameuse : *Uti legassit super pecunia* (1) *tutelave suæ rei ita jus esto* (Tout ce que le père a disposé au sujet de sa fortune et de la tutelle de son enfant, que cela soit observé comme une loi).

1re restriction de pure forme : Exhérédation. — Une réac-

(1) Cette interprétation a été combattue par M. Cuq qui prétend que le mot *pecunia* ne doit s'entendre que des *res nec mancipi*, par opposition à *familia*, qui viserait les *res mancipi* (Instit. I, p. 283). M. Girard a réfuté vigoureusement cette opinion, p. 777, note 3.

tion se serait produite ensuite. On aurait obligé le *paterfamilias* à exhéréder formellement ceux de ses enfants qu'il voulait dépouiller. Restriction de pure forme d'ailleurs.

2e restriction de fond : Querela inofficiosi testamenti. — Plus tard, on alla plus loin Et on permit à l'enfant exhérédé suivant les formes légales de discuter les causes de l'exhérédation et de faire tomber le testament si elle était injuste.

Division du chapitre. — Nous diviserons notre chapitre en deux paragraphes :

§ 1. — Théorie de l'exhérédation.

§ 2. — Théorie de la *querela inofficiosi testamenti*.

§ 1. — Théorie de l'exhérédation.

Définition. — C'est une théorie d'après laquelle le *paterfamilias* ne peut dépouiller un héritier sien de son droit héréditaire par simple omission dans son testament. Il doit ou bien l'instituer ou bien l'exhéréder

Distinction. Cette théorie doit être étudiée :

a) D'après le droit ancien ;

b) D'après le droit prétorien ;

c) D'après le droit de Justinien.

a) *Ancien droit.*

Origine historique. — *Opinion commune.* — D'après l'opinion commune, cette obligation pour le père d'exhéréder formellement ses héritiers siens aurait été créée postérieurement à la loi des XII tables pour garantir les intérêts de ces héritiers. On pensait que le père réfléchirait davantage pour dépouiller un enfant à l'aide d'une déclaration formelle qu'en se bornant à le passer sous silence dans son testament

Opinion de M. Girard (1). — M. Girard estime, au contraire, que l'obligation pour le père d'exhéréder les *sui heredes* est aussi vieille que le testament *comitial*. Elle tient à la nature même du droit qui leur appartient. Ce ne sont pas à proprement parler des héritiers. Les biens qu'ils recueillent sont des biens sur lesquels, du vivant même du défunt, ils avaient un droit de copropriété. On admet bien que le *paterfamilias*, maître absolu de

(1) *Op. cit.*, p. 825.

leur destinée, puisse le leur enlever ; mais il ne peut le faire que par acte formel d'expropriation, l'exhérédation.

Qui doit être institué ou exhérédé ? — Seulement, les héritiers siens, c'est-à-dire ceux qui sont sous la puissance immédiate du *paterfamilias*, au moment de sa mort, et qui deviennent *sui juris* par sa mort. Donc, ni les émancipés, ni ceux donnés en adoption.

Forme de l'exhérédation. — *Nominatim* pour les fils. « Titius sois exhérédé. » *Inter cœteros* c'est-à-dire d'une façon générale, pour les petits-fils ou les filles. « Que les autres soient exhérédés. »

Sanction de l'omission. — L'omission d'un fils entrainait la nullité de plein droit du testament : le testament était *injustum*, irrégulier. L'omission d'un petit fils ou d'une fille emportait seulement, le droit pour l'enfant omis, de réclamer une part de la succession. On appelait ce droit *jus accrescendi*.

b) *Droit prétorien*.

Qui doit être institué ou exhérédé ? – Non seulement les héritiers siens, mais aussi les enfants émancipés et les enfants donnés en adoption, s'ils ne sont plus dans la famille adoptive.

Forme de l'exhérédation. — L'exhérédation doit avoir lieu *nominatim* pour les mâles (fils ou petits-fils) et *inter cœteros*, pour les filles seulement.

Sanction de l'omission. — Pour les *sui heredes*, la sanction reste toujours la nullité absolue. Pour les autres enfants elle donne ouverture à la *bonorum possessio contra tabulas*. Le testament est frappé d'une nullité purement relative et non d'une nullité radicale comme en droit civil. Elle ne peut être invoquée que par l'enfant omis, que dans son intérêt et elle laisse subsister certaines dispositions du testament, notamment les legs et fidéicommis faits au profit de certains parents.

c) *Droit de Justinien*.

Qui doit être institué ou exhérédé ? — Justinien confirme les solutions du droit prétorien.

Forme de l'exhérédation. — Toujours *nominatim*, même pour les filles.

Sanction. – Les solutions du droit prétorien sont maintenues.

Suppression de l'exhérédation. — La théorie de l'exhérédation paraît abolie par la novelle 115 (1).

§ 2. — Querela inofficiosi testamenti.

Définition. — La *querela inofficiosi testamenti* est une action qui appartient aux parents les plus proches, dépouillés injustement de leur droit héréditaire, pour faire tomber le testament (2).

Le testament est dit inofficieux, parce qu'il a été fait contrairement au devoir envers les proches (*contra officium pietatis erga proximos*).

Origine historique. — Cette institution est l'œuvre propre de la jurisprudence du tribunal des centumvirs, compétent en matière d'hérédité. Elle serait apparue au début de l'Empire.

On disait que le testateur devait être fou au moment où il testait. Justification peu juridique. Car le testament eût été *injustum* (irrégulier) et non *inofficiosum*.

A qui appartient la querela ? — Elle appartenait à trois catégories de personnes :

1° Aux descendants ;

2° Aux ascendants ;

3° Aux frères et sœurs consanguins, quand le défunt a institué à leur place une *persona turpis*, c'est-à-dire une personne de condition vile.

Conditions requises. — *Trois conditions.* — 1° Il fallait avoir été exhérédé injustement ; 2° il fallait n'avoir pas reçu sa légitime ; 3° il fallait n'avoir pas d'autre moyen d'action.

1° *Exhérédation injuste.* — La théorie de la *querela* différait de celle de l'exhérédation en ce que l'exhérédation régulière en la forme, même injuste au fond, rendait le testament inattaquable. Au contraire, la théorie de la *querela* permettait de discuter les causes d'exhédération. A l'époque classique, l'appréciation de leur légitimité était laissée à l'appréciation du juge.

(1) Dans ce sens, Girard, *op. cit.*, p. 833.

(2) Sous l'empire du Code civil existe une institution semblable, la réserve que le défunt ne peut pas enlever aux parents les plus proches. Mais il y a deux différences principales avec le droit romain :

1° Aujourd'hui, les frères et sœurs n'ont jamais droit à une réserve ;

2° Aujourd'hui, on ne peut exhéréder même pour cause juste les réservataires. Ils ne peuvent être privés de leur droit à la réserve qu'au cas d'indignité. Mais c'est un cas d'exclusion supposant des faits graves et elle est commune à tous les héritiers (art. 727 à 730).

2° *Absence de légitime.* — Il fallait que le défunt n'eût pas laissé au plaignant une certaine part de la succession, qu'on appelait légitime. D'abord indéterminée, elle fut fixée au quart de la part héréditaire *ab intestat* du réclamant, par imitation de la quarte falcidie, dont nous parlerons plus loin pour les legs. On l'appela désormais quarte légitime.

3° *Absence d'autre moyen.* — La *querela* était une action subsidiaire qu'on ne pouvait employer qu'à défaut de toute autre action. De telle sorte que si un enfant n'avait pas été exhérédé en la forme légale, le testament était *injustum* ; il n'avait pas besoin de la *querela* pour le faire tomber.

Effets de la querela. — Quand la *querela* réussissait, l'institution d'héritier était anéantie ; et alors le testament tombait avec tout ce qu'il contenait, legs et fidéicommis.

Causes d'extinction. — La *querela* s'éteignait :

1° Par la mort du *querelans* ;

2° Par sa renonciation (1) ;

3° Par la prescription de deux ans d'abord, de cinq ans ensuite.

Réformes de Justinien. — Justinien a fait deux réformes en matière de *querela* :

1° Il détermina d'une manière précise les causes d'exhérédation valable (novelle 115).

2° Il fit varier la légitime suivant le nombre d'enfants. C'était 1/3 quand il n'y avait pas plus de 4 enfants et 1/2 au delà. En sorte que quand il y avait 4 enfants, chacun avait 1/12 et quand il y en avait 5 la part de chacun était plus forte, 1/10.

3° La *querela* a pour effet d'annuler seulement l'institution d'héritier qui est irrégulière ; le légitimaire est mis à la place de cet héritier. Pour tout le reste le testament conserve ses effets.

Action en complément de la quarte. — *Définition.* — C'est l'action donnée au légitimaire qui n'a pas reçu du défunt toute sa quarte pour s'en faire remplir.

Origine. — A l'époque classique, en pareil cas, le testament devait tomber par l'effet de la *querela*. C'est au Bas-Empire que cette action fut substituée à la *querela*. D'abord, elle fut subordonnée à l'insertion dans la donation faite par le défunt au légitimaire d'une clause formelle « *boni viri arbitratu quarta empleatur* ». Sous Justinien cette clause fut toujours sous entendue.

(1) Ces deux causes venaient de ce que la *querela* ressemblait à l'action d'injures.

Différences avec la querela. — 1° C'était une action personnelle contre l héritier institué et non une action réelle comme la *querela*.

2° La *querela* faisait tomber le testament au moins avant la réforme de la novelle 115. L'action en complément le laissait subsister.

Querela inofficiosæ donationis vel dotis. — C'est un moyen créé par une constitution d'Alexandre Sévère pour permettre au légitimaire d'atteindre les donations entre vifs ou les constitutions de dot excessives qui portaient atteinte à sa quarte.

CHAPITRE V. — DES CAUSES D'INEFFICACITÉ DU TESTAMENT.

Distinction. — Il faut distinguer le droit civil et le droit prétorien.

§ 1. — Droit civil.

Enumération. — D'après le droit civil, le testament était inefficace : 1° lorsqu'il était *injustum* ; 2° *ruptum* ; 3° *irritum* ; 4° *destitutum*.

1° **Testamentum injustum.** — On appelle ainsi un testament contenant un vice originaire de formation (fait contre le droit). *Contra jus factum*, vice de forme, incapacité du testateur ou de l'institué.

2° **Testamentum ruptum.** — Le testament était *ruptum*, rompu, dans deux cas :

a) Par la confection d'un testament postérieur, qui, à Rome, révoquait nécessairement le précédent ;

b) Par la survenance d'un héritier sien, après sa confection. On put éviter ce résultat à partir du moment où on autorisa l'institution des posthumes.

3° **Testamentum irritum.** — Le testament était *irritum* ou *irratum*, non ratifié, lorsque le testateur avait, depuis sa confection, subi une *capitis deminutio*.

4° **Testamentum destitutum.** — Le testament était *destitutum*, inefficace, lorsque les héritiers ne pouvaient ou ne voulaient accepter l'hérédité.

§ 2. — Droit prétorien.

Esprit général. — La tendance générale du droit prétorien a

été de faire prédominer la volonté du défunt sur les rigueurs du droit civil.

Application principale. — Cette tendance apparaît notamment en ce qui concerne le *testamentum injustum*. Le Préteur accorde la *bonorum possessio secundum tabulas* à l'héritier institué dans un testament irrégulier en la forme, d'après le droit civil, mais réunissant les conditions de validité requises par l'édit.

*** SECTION III. — DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ

Distinction fondamentale. — En ce qui concerne l'acquisition de l'hérédité, on distingue à Rome trois catégories d'héritiers :

1° Les héritiers nécessaires ;

2° Les héritiers siens et nécessaires ;

3° Les héritiers externes ou volontaires.

Nous allons consacrer à chacun d'eux un chapitre de cette section.

** CHAPITRE PREMIER. — DES HÉRITIERS NÉCESSAIRES.

Définition. — L'héritier nécessaire était l'esclave que le défunt instituait héritier dans son testament en lui conférant la liberté.

Etymologie. — On l'appelait nécessaire, parce qu'il ne pouvait pas répudier la succession.

Comment il acquérait l'hérédité ? — Il acquérait donc l'hérédité de plein droit, dès l'ouverture de la succession, comme tous les successibles dans le droit civil actuel, sans avoir aucun acte à faire pour cela. Il pouvait à son tour la transmettre à ses propres héritiers, en mourant ne fût ce qu'un instant après le défunt.

Utilité pratique. — De cette façon, nous l'avons déjà dit, quand un Romain mourait laissant une succession obérée, il avait un moyen de ne pas mourir *ab intestat* ; c'était de désigner pour son héritier un de ses esclaves en l'affranchissant.

Condition de l'héritier nécessaire quant au paiement des dettes. — *Principe général.* — L'héritier étant le continuateur

du défunt, était tenu au paiement des dettes comme le défunt lui même, au delà des forces de la succession.

Conséquences — Il en résultait pour l'héritier nécessaire :

1° Que c'était en son nom qu'avait lieu la *venditio bonorum* à la requête des créanciers C'était lui qui était débiteur failli, noté d'infamie, et non le maître défunt.

2° Si la vente des biens n'avait pas désintéressé les créanciers, ceux-ci pouvaient poursuivre l'héritier nécessaire sur les biens qu'il acquerrait dans l'avenir.

Tempérament établi par le Préteur : Jus separationis. — Le Préteur apporta un tempérament à cette situation. Il donna à l'héritier nécessaire le *jus separationis*. Grâce à cela, il ne fut plus poursuivable au delà des forces de la succession. Mais il continua, comme par le passé, à subir la note d'infamie attachée à la *venditio bonorum* qui était toujours poursuivie en son nom.

** CHAPITRE II. — DES HÉRITIERS SIENS ET NÉCESSAIRES.

Définition. — L'héritier sien est celui qui, étant sous la puissance immédiate du *paterfamilias* au moment de sa mort, devient *sui juris* par sa mort.

Etymologie. — On l'appelait sien, parce qu'il héritait en quelque sorte de lui-même, en raison du droit de copropriété lui appartenant du vivant du *pater* sur les biens de sa succession. On l'appelait nécessaire, parce qu'il ne pouvait répudier la succession.

Assimilation à l'héritier nécessaire. — En droit civil, il était donc complètement assimilé à l'héritier nécessaire : et quant à la manière dont il acquérait l'hérédité et quant au paiement des dettes héréditaires.

Tempérament établi par le Préteur : Jus abstinendi. — Le Préteur apporta à la situation de l'héritier sien un tempérament encore plus efficace que celui qu'il avait établi en faveur de l'héritier nécessaire.

Grâce au *jus abstinendi*, en effet, l'héritier restait en quelque sorte étranger à la succession En conséquence :

1° Il échappait au déshonneur de la *venditio bonorum* ;

2° Il échappait à la poursuite des créanciers sur ses biens à venir.

Il n'y avait pas cependant là une renonciation véritable.

Ainsi, quand un reliquat subsistait après la vente des biens, il revenait à l'héritier sien.

CHAPITRE III. — DES HÉRITIERS EXTERNES OU VOLONTAIRES.

Définition — Ce sont ceux qui n'étaient ni héritiers nécessaires, ni héritiers siens. Il n'est pas possible de les définir autrement que d'une façon négative et par voie d'exclusion.

Etymologie. — On les appelait *extranei*, externes, étrangers, parce qu'ils pouvaient rester étrangers à la succession ; et volontaires, parce qu'ils n'étaient héritiers que s'ils le voulaient bien.

*** **Comment s'opérait l'acquisition de l'hérédité.** — Pour l'héritier volontaire, l'acquisition d'hérédité n'avait pas lieu de plein droit et par le seul fait de l'ouverture de la succession, comme aujourd'hui. Elle ne s'opérait qu'en vertu d'un acte de volonté accompli par l'héritier et qu'on appelait adition d'hérédité.

D'où les deux conséquences suivantes :

1° Jusqu'à l'adition d'hérédité, l'hérédité était sans maître, elle était dite jacente. « *Jacet hereditas* ».

2° Si l'héritier mourait avant d'avoir fait adition, il ne transmettait pas, comme aujourd'hui, son droit héréditaire à ses héritiers *Hereditas non adita non transmittitur* (l'hérédité non acceptée ne se transmet pas).

Différents points à étudier. — Nous allons étudier :

§ 1 — De l'hérédité jacente.
§ 2. — Du délai pour prendre parti.
§ 3. — De l'adition d'hérédité.
§ 4. — De la répudiation de la succession.

** § 1. — De l'hérédité jacente.

Définition. — L'hérédité est dite jacente tant que l'héritier volontaire n'a pas fait adition d'hérédité.

Inconvénients pratiques. — Cette situation offrait de multiples inconvénients en pratique :

1° Les *sacra privata* (culte privé) étaient délaissés ; ce qui était grave pour les Romains des premiers âges ;

2° Les biens héréditaires étaient à l'abandon, au grand dommage des créanciers dont ils étaient le gage ;

3° Les esclaves héréditaires étaient sans maître ; dès lors, ils

ne pouvaient servir d'instruments d'acquisition pour personne.

De l'usucapio pro herede. — Tant que l'hérédité était jacente toute personne pouvait s'en emparer et en devenir maître au bout d'un an, sans avoir ni juste titre, ni bonne foi. Il y avait là une menace qui était de nature à déterminer l'héritier à prendre parti le plus tôt possible.

Fiction de personnalité. — On en arriva à personnifier l'hérédité, pour permettre à l'esclave héréditaire d'acquérir pour elle. *Hereditas personae vice fungitur* (l'hérédité est comme une personne). Plus tard, on décida qu'elle tenait la place du défunt qui se survivait en quelque sorte en elle. *Defuncti personam sustinet* (l'hérédité représente la personne du défunt).

§ 2. — Du délai pour prendre parti.

Distinction. — Il faut distinguer sur ce point : le droit ancien, le droit prétorien et le droit de Justinien.

Ancien droit. — La loi n'imposait à l'héritier aucun délai. Mais, dans son testament, le défunt pouvait lui en imposer un en l'instituant *cum cretione*. Dans ce cas il était tenu de prendre parti dans le délai de cent jours depuis la mort du défunt.

Droit prétorien. — A la requête des créanciers héréditaires le Préteur imposait à l'héritier l'obligation de délibérer dans les cent jours. Après quoi, il est censé avoir renoncé à la succession.

Droit de Justinien. — Justinien porta le temps pour délibérer, *tempus deliberandi*, à neuf mois, et même à un an avec rescrit impérial. Après ce délai, l'héritier qui n'avait pas pris parti était censé avoir accepté.

§ 3. — De l'adition d'hérédité.

Définition. — L'adition d'hérédité est l'acte par lequel l'héritier externe manifestait son intention d'accepter l'hérédité.

Deux points à étudier. — Au sujet de l'adition d'hérédité il y a lieu d'étudier : *a*) sa forme ; *b*) ses effets.

a) *Forme*

Deux sortes. — L'adition d'hérédité pouvait être expresse ou tacite.

Adition expresse. — *Deux sortes.* — Elle pouvait être solennelle ou sans forme.

Adition solennelle. — L'adition solennelle s'appelait également *cretio*. Elle était faite oralement, en employant des termes sacramentels (1), probablement devant témoins.

Adition sans forme. — L'héritier pouvait également déclarer son intention d'accepter la succession sans forme ; c'était la *nuda voluntas*.

Adition tacite. — L'héritier pouvait aussi faire adition d'une façon tacite, en faisant un acte qui impliquait cette intention (*pro herede gerendo*). Tel était un acte d'aliénation d'un bien héréditaire.

b) *Effets.*

Idée générale. — L'effet essentiel de l'adition d'hérédité était de faire considérer l'héritier comme le continuateur de la personne juridique du défunt ; son patrimoine se confond avec celui du défunt.

Conséquences pratiques. — 1° *Quant à l'actif héréditaire.* — L'héritier est propriétaire des biens appartenant au défunt ; propriétaire quiritaire, s'il est héritier civil ; propriétaire bonitaire, s'il est héritier prétorien, *bonorum possessor*.

Il est titulaire des créances reposant sur la tête du défunt, et il a contre les débiteurs héréditaires des actions directes ou des actions utiles, suivant la même distinction.

2° *Quant au passif héréditaire.* — Il est tenu des dettes héréditaires comme le défunt, même au delà des forces de la succession, *ultra vires hereditatis*. Suivant qu'il est héritier civil ou prétorien, il peut être poursuivi par des actions directes ou utiles.

3° *Quant aux charges héréditaires.* — Il est tenu d'acquitter les legs et les fidéicommis que le défunt lui a imposés par testament ou codicille.

Inconvénients de l'adition pour l'héritier. — *Paiement des dettes ultra vires.* — L'adition préjudiciait à l'héritier lorsque les dettes dépassaient l'actif héréditaire.

Bénéfice d'inventaire sous Justinien. — Justinien y porta remède à l'aide du bénéfice d'inventaire, grâce auquel l'héritier n'est tenu des dettes qu'à concurrence de l'actif héréditaire, *intra vires*.

(1) D'après Gaius, la formule était la suivante : « De ce que Mœvius m'a institué héritier par son testament, j'accepte son hérédité, *eam hereditatem adeo cernoque.* » C. II, 166.

Pour en profiter l'héritier doit accepter tout de suite, sans user du délai pour délibérer et faire un inventaire fidèle de la succession dans les deux mois, devant un tabellion et des témoins

Inconvénients de l'adition pour les créanciers du défunt. — *Concours avec les créanciers de l'héritier.* — La confusion des patrimoines résultant de l'adition d'hérédité pouvait être préjudiciable aux créanciers du défunt, lorsque l'héritier était insolvable.

Soit une succession comportant un actif de 100 et un passif de 100. L'héritier a un actif de 100 et un passif de 200. Les deux patrimoines étant confondus, il y aura désormais 200 d'actif et 300 de passif. Les créanciers du défunt qui auraient été payés par celui-ci de son vivant, ne le seront pas par l'héritier.

*** *Separatio bonorum.* — C'est pour éviter ce résultat fâcheux que le Préteur imagina la séparation des patrimoines. Sur la demande des créanciers du défunt, il opérait séparation des biens héréditaires et des biens personnels de l'héritier ; en sorte que chaque groupe de créanciers était payé sur chaque masse de biens séparément (1).

Inconvénients de l'adition pour les créanciers de l'héritier. — *Hypothèse* — Les créanciers de l'héritier pouvaient souffrir de l'adition d'hérédité lorsque la succession était grevée de dettes, en raison du concours avec les créanciers du défunt. Il fallait se placer dans l'hypothèse inverse de la précédente.

Exemple : 100 d'actif et 200 de passif héréditaire, tandis que l'héritier a 100 d'actif et 100 de passif. La confusion des patrimoines fera qu'il y aura 200 d'actif et 300 de passif comme tout à l'heure.

Absence de remède — Contre ce dommage il n'y avait aucun remède. Eux ne pouvaient pas demander la *separatio bonorum.* Tant pis pour les créanciers de l'héritier. Ils ont eu tort de suivre la foi de l'héritier.

(1) Si les créanciers du défunt n'étaient pas désintéressés sur les biens héréditaires, ils ne pouvaient pas évidemment concourir avec les créanciers personnels de l'héritier sur les biens de celui-ci. Mais pouvaient-ils au moins se faire payer sur le reliquat des biens héréditaires, après désintéressement des créanciers de l'héritier ? Non, d'après l'opinion commune. Papinien seul était d'un avis différent. D. 3, *De separat.* Au contraire, les créanciers de l'héritier étaient payés sur les biens héréditaires, après que les créanciers du défunt avaient reçu le montant de leur créance.

§ 4. — De la répudiation de l'hérédité.

Forme. — Aucune forme particulière n'avait été prescrite pour la répudiation. Toute manifestation de volonté était valable. Même, d'après le droit prétorien, la répudiation tacite résultait de la non-acceptation par l'héritier dans le délai qui lui était imparti.

Conséquences pratiques. — *Enumération.* — L'héritier qui répudiait la succession était censé n'avoir jamais été héritier.

En conséquence :

1° S'il était seul institué dans le testament, le testament tombait et la succession *ab intestat* s'ouvrait ;

2° S'il y avait un substitué, son droit s'ouvrait ;

3° S'il y avait plusieurs héritiers institués en même temps dans le testament, la part du renonçant accroissait à l'acceptant. Ce phénomène s'appelait accroissement.

Règles de l'accroissement. — 1° L'accroissement se produisait obligatoirement, même contre le gré de l'héritier, *invito herede*, comme conséquence normale de son adition (1).

2° Il avait lieu sans charge, *sine onere* ; c'est-à-dire que l'acceptant n'avait pas à acquitter les legs mis personnellement à la charge du renonçant, dont il n'était pas l'ayant cause ;

3° Lorsqu'il y avait plusieurs héritiers acceptants, la part du renonçant était attribuée à chacun d'eux en proportion de sa part héréditaire, et non pas également. *Portioni portio accrescit.*

(1) On l'expliquait ainsi : lorsque deux héritiers sont institués et qu'ils acceptent, ils partagent. Lorsque l'un accepte et que l'autre renonce, le droit de l'acceptant ne subit aucune restriction et s'etend sur toute la succession. C'est plutôt donc un *jus non decrescendi* (un droit de non décroissement).

CINQUIÈME PARTIE

LES DONATIONS ENTRE VIFS ET TESTAMENTAIRES

Définition. — Le mot donation, dans son acception la plus large est synonyme de libéralité. C'est un acte par lequel une personne acquiert un bien d'une autre personne sans avoir à lui fournir un équivalent de ce qu'elle reçoit.

Division de la cinquième partie. — Nous diviserons la cinquième partie en trois sections :

Ire section : Des donations proprement dites.

IIe section . Des legs.

IIIe section : Des fidéicommis.

SECTION I. — DES DONATIONS PROPREMENT DITES

Division de la section. — Nous étudierons :

Chapitre Ier. — Des donations entre vifs.

Chapitre II. — Des donations à cause de mort.

Chapitre III. — Des donations entre époux.

Chapitre IV. — De la dot et de la donation *propter nuptias*.

CHAPITRE PREMIER. — DES DONATIONS ENTRE VIFS.

Définition. — La donation entre vifs est l'acte par lequel une personne appelée donateur se dépouille de son vivant d'un bien en faveur d'une autre personne appelée donataire.

Trois points à étudier. — Nous étudierons à ce sujet les trois points suivants :

§ 1. — Formation de la donation.
§ 2. — Des restrictions à la faculté de donner
§ 3. — De la révocation des donations.

§ 1. — Formation de la donation.

Eléments constitutifs. — Pour qu'il y ait donation, trois éléments doivent être réunis :

1° Appauvrissement du donateur ;

2° Enrichissement du donataire ;

3° Esprit de libéralité (*animus donandi*).

L'acceptation du donataire n'est pas, comme aujourd'hui (article 932), une condition indispensable de la donation.

Moyens de réaliser une donation. — *Convention de donner insuffisante*. — La Convention de donner ne suffisait pas pour accomplir une donation. C'était un pacte dépourvu de sanction.

Procédés usuels. — Pour réaliser une donation trois procédés étaient employés :

1° La dation, c'est-à-dire le transfert de propriété par *mancipatio, cessio in jure* ou tradition ;

2° La promesse, par contrat *verbis* ou *litteris* ;

3° La remise de dette faite par un créancier à un débiteur, à titre de libéralité.

Réformes accomplies sous l'Empire. — *Réforme d'Antonin le Pieux*. — Antonin le Pieux déclara la convention de donner obligatoire dans les rapports entre ascendants et descendants, à condition d'être constatée dans un écrit remis par le donateur au donataire (1).

Réforme de Justinien. — Justinien déclara la convention de donner obligatoire entre toutes personnes.

§ 2. — Restrictions à la faculté de donner.

Deux restrictions successives. — Les donations inspiraient une méfiance naturelle à l'esprit pratique des Romains. C'est ce qui explique les restrictions qui furent apportées successivement à la liberté de donner :

1° La loi Cincia ;

2° Le régime de l'insinuation.

(1) Voir cependant en sens contraire, Girard, *op. cit.*, p. 590, note 3, qui émet des doutes à ce sujet.

a) *Loi Cincia.*

Sa date et son double objet. — La loi Cincia *de donis et muneribus* est un plébiscite de l'an 550 de Rome. Ce plébiscite avait un double objet :

1° Interdire à ceux qui plaident de recevoir des présents pour leurs plaidoiries ;

2° Interdire les donations dépassant un certain taux ou *modus*.

Nous ne parlerons que de ce second objet.

Modus legis Cinciæ. — Le *modus* de la loi Cincia nous est inconnu.

Sanction de la loi Cincia. — *Pas d'action, une exception.* — La sanction de la loi Cincia était la nullité de la donation pour le tout et non pas seulement pour ce qui excédait le *modus*.

Mais pour faire prononcer cette nullité, le donateur n'avait pas à son service une action, mais une exception, c'est-à-dire un moyen de défense indirect.

Conséquence : lex imperfecta. — Dès lors, le donateur ne pouvait attaquer en justice le donataire pour faire annuler une donation excessive. Il fallait qu'invité par lui, sous une forme ou sous une autre, à respecter sa donation, il s'y refusât, en lui opposant l'exception de la loi Cincia (1). Mais pour cela il fallait qu'il n'eût pas conféré au donataire sur la chose donnée tous les droits qui lui appartenaient, soit quant à la propriété, soit même quant à la possession. Lorsque l'exécution de la donation avait été complète à tous égards, le donateur n'avait aucun moyen de

(1) *Explications.* — Cette formule a besoin d'être éclairée par des exemples : Je vous donne l'esclave Stichus, dont la valeur dépasse le *modus*. Pour cela je vous fais tradition simplement. Par là, vous n'êtes pas devenu propriétaire quiritaire. Je pourrai donc revendiquer contre vous l'esclave. Vous m'opposerez l'*exceptio rei donatæ et traditæ*, c'est-à-dire que je vous ai fait donation et tradition. Mais je vous répliquerai par la loi Cincia et je triompherai. Supposons que je vous fasse mancipation, mais non tradition de Stichus. Vous êtes devenu propriétaire, mais non possesseur. Vous agirez contre moi par la *rei vindicatio*. Je vous opposerai l'exception *legis Cinciæ*. — Supposons que je vous fasse *mancipatio* et tradition de Stichus. Vous devenez propriétaire et possesseur. Il semble que vous soyez à l'abri. Pas du tout. Pendant six mois je pourrai exercer contre vous l'interdit *utrubi*, qui assure le succès à celui qui a possédé le meuble le plus longtemps dans l'année précédente. A cet interdit vous m'opposerez que je vous ai fait donation et tradition, *exceptio rei donatæ et traditæ*. Je vous répondrai par la loi Cincia.

revenir sur la donation, et malgré son excès, elle était maintenue dans son intégralité.

En définitive, la loi Cincia aboutissait à ce simple résultat d'exiger du donateur un dépouillement complet, absolu, lorsque la donation dépassait son *modus*.

En raison de cette sanction incomplète, on l'appelait *lex imperfecta*.

Personnes exceptées. — Certaines personnes étaient exceptées des rigueurs de la loi Cincia ; notamment : les cognats jusqu'au 5e degré, les fiancés, les époux, les pupilles, le patron, etc.

Désuétude de la loi. — La loi Cincia est tombée en désuétude à la fin de l'époque classique.

b) *Régime de l'insinuation*.

Origine historique. — D'après une constitution de l'empereur Constance Chlore, toutes les donations devaient être insinuées. Cette obligation ne fut maintenue par Justinien qu'en ce qui concerne les donations dépassant 500 sous d'or (le sou d'or valait environ 16 francs de notre monnaie actuelle).

Forme et but. — L'insinuation se faisait au greffe du tribunal ; l'acte était lu et copié intégralement sur des registres. On supposait que cette publicité ferait réfléchir le donateur et éviterait les donations inconsidérées.

Sanction. — La donation non insinuée était réduite à 500 *solidi*. D'où, deux différences avec la loi Cincia :

1° Le donateur avait une action et non pas seulement une exception ;

2° La donation est réduite et non pas annulée.

§ 3. — **Révocation des donations.**

Trois causes de révocation. — On rencontre en droit romain les trois causes de révocation des donations consacrées par le Code civil :

1° Pour inexécution des charges ;

2° Pour ingratitude ;

3° Pour survenance d'enfants.

1° Inexécution des charges. — *Donation sub modo.* — On appelle ainsi une donation imposant au donataire l'accomplissement d'une charge déterminée.

Sanction. — La sanction était en quelque sorte double : 1° Ac-

tion appartenant au donateur et au tiers bénéficiaire de la charge pour contraindre le donataire à s'exécuter ; 2° Action accordée au donateur pour reprendre ce qu'il a donné par une *condictio ob rem dati re non secuta*.

2° **Ingratitude et survenance d'enfants.** — Ces deux causes de révocation ne sont admises à l'époque classique qu'en ce qui concerne les donations faites par un patron à son affranchi. La révocation pour ingratitude a été étendue à toutes les donations par Justinien.

CHAPITRE II. — DES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

Définition. — La donation à cause de mort (*mortis causa*) est celle qui est faite pour le cas où le donateur mourrait avant le donataire.

Particularités. — Elles différaient des donations entre vifs à deux points de vue :

1° Elles étaient caduques, au cas de prédécès du donataire au donateur ;

2° Elles étaient révocables par la libre volonté du donateur (*ad nutum*).

Deux sortes. — La donation *mortis causa* pouvait se présenter sous deux formes :

1° La donation pouvait être faite sous condition suspensive. Je vous donne l'esclave Stichus si je meurs avant vous. Dans ce cas, le donataire n'acquérait un droit sur la chose donnée ou un droit de créance contre le donateur qu'à la mort du donateur et s'il lui survivait ;

2° La donation pouvait être faite sous condition résolutoire. Je vous donne l'esclave Stichus, mais si vous mourez avant moi il devra m'être rendu. Dans ce cas vous deveniez immédiatement propriétaire de l'esclave Stichus, mais si vous veniez à mourir vos héritiers étaient tenus de me le restituer.

CHAPITRE III. — DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

Trois périodes à distinguer. — Il faut distinguer trois phases dans l'histoire des donations :

Dans la première, les donations entre époux sont valables.

Dans la seconde, elles sont interdites.

Dans la troisième, elles peuvent être validées sous certaines conditions.

1re période : Jusqu'après la loi Cincia. — *Donations permises.* — A cette époque, les donations entre époux sont permises. Nous avons même vu que les époux étaient formellement exceptés des dispositions restrictives de la loi Cincia. Mais à ce moment les donations entre époux devaient être rares, parce que le plus souvent la femme était sous la *manus* de son mari.

2e période : Postérieurement à la loi Cincia. — *Donations interdites.* — A une époque indéterminée, mais certainement postérieure à la loi Cincia (550 de Rome), la coutume interdit les donations entre époux. Pour éviter les entraînements de la passion, dit Ulpien (*ne mutuato amore invicem spolarientur*) ou pour empêcher des donations faites sous menace de divorce (*ne venalicia essent matrimonia*), dit Africain.

Il faut remarquer d'ailleurs :

1° Que les donations *mortis causa* restaient valables entre époux ;

2° Que l'époux qui avait fait une donation à son conjoint, pouvait la confirmer par une clause formelle de son testament.

3e période : Oratio Severi et Antonini. – Donations validées. — Un sénatus-consulte rendu sous Septime Sévère et Antonin Caracalla, en 206, décida que la donation entre époux serait validée : si l'époux donateur mourait le premier, le mariage durant encore, sans avoir révoqué la donation.

La solution donnée aujourd'hui par le Code civil (art. 1096) est le contrepied de celle-là. La donation entre époux est valable, mais elle est révocable *ad nutum*.

CHAPITRE IV. — LA DOT ET LA DONATION PROPTER NUPTIAS.

Division du chapitre. — Nous étudierons dans deux paragraphes :

§ 1. — La dot.

§ 2. – La donation *propter nuptias* à volonté.

§ 1. — La dot.

Définition. — La dot est le bien que la femme apporte à son

mari pour subvenir aux dépenses du ménage, *ad onera matrimonii sustinenda*.

Histoire de la dot. — *Trois phases.* — La dot est passée à Rome par trois phases successives sous le régime du mariage *sine manu*.

Première période : Pas de restitution de la dot. — Dans une première phase, les biens constitués en dot deviennent la propriété définitive du mari. Il n'a jamais à les restituer à sa femme. *Dotis causa perpetua est et semper apud maritum remanet* (D. I. 1. V. 11) (La dot a une cause perpétuelle et reste toujours au mari).

A cette époque, le mariage ne prenait fin que par la mort du mari ou de la femme. Au cas de prédécès du mari, il était d'usage qu'il léguât à sa femme survivante une valeur égale à sa dot. Au cas de prédécès de la femme, il était bon que la dot restât au mari pour la transmettre aux enfants, qui, à ce moment, n'héritaient pas de leur mère.

Deuxième période : Restitution de la dot en vue des secondes noces. — Dans une seconde période, qui commence à partir du VIe siècle de Rome, le divorce devenant plus fréquent, l'usage s'établit de stipuler la restitution de la dot en vue de cet événement, puis pour le cas du prédécès du mari. Enfin, cette obligation est mise à la charge du mari dans ces deux cas, même sans stipulation formelle. On se préoccupe d'assurer à la femme la restitution de sa dot en vue de seconds mariages. D'où cette formule d'un texte au Digeste « *Rei publicæ interest mulierum dotes salvas esse propter quas nubere possunt* (D. I. 2, *de jure dotium*, 23.3) (Il importe à la chose publique que les dots des femmes soient sauvegardées pour qu'elles puissent se remarier).

Troisième période : Restitution de la dot à tout événement. — Sous Justinien, la restitution de la dot est imposée à la femme dans tous les cas, quelle que soit la cause de dissolution du mariage.

Trois points à étudier. — Il y a lieu d'étudier, au sujet de la dot, les trois points suivants :

1° Comment la dot est-elle constituée ?

2° Quels sont les droits et les pouvoirs du mari sur les biens dotaux ?

3° De la restitution de la dot.

a) *Constitution de la dot.*

Distinction. — La dot pouvait être profectice, adventice ou réceptice.

La dot profectice était constituée par le *paterfamilias* (*a patre profecta*).

La dot adventice était constituée par toute autre personne.

La dot réceptice était celle dont le constituant s'était fait promettre la restitution (Ulpien, Règles, VI. 3. 5).

Procédés de constitution de la dot. — *Distinction.* — Les textes distinguent trois procédés de constitution, *dos aut datur, aut dicitur aut promittitur* (Ulpien, Règles, VI, 1).

1° *Datio.* — C'est un transfert de propriété résultant d'une *mancipatio*, d'une *cessio in jure* ou d'une tradition.

2° *Dictio.* — C'est un contrat fait par paroles sacramentelles. Le constituant déclarait que la dot était de tant ; le mari acceptait. C'est Térence dans son *Andrienne* qui nous a transmis cette formule. Car ce procédé est tombé en désuétude au Bas-Empire et Justinien n'en parle plus.

3° *Promissio.* — C'est un engagement pris dans une stipulation.

Réforme de Théodose II. — A partir d'une constitution de Théodose II en 428, le pacte de dot est obligatoire.

b) *Droit et pouvoirs du mari.*

Droit du mari. — Le mari a la propriété et la jouissance des biens dotaux.

Pouvoirs du mari. — Ses pouvoirs ont varié suivant les époques.

Au début, comme il n'avait jamais à restituer la dot, ses pouvoirs sur les biens dotaux étaient sans limite.

Lorsque le mari fut tenu de restituer la dot au cas de divorce ou de survie de la femme, on dut restreindre ses pouvoirs. Ce fut l'objet d'une loi rendue sous Auguste : loi Julia *de fundo dotali*, disent les uns, *de adulteriis*, disent les autres

Cette loi interdit au mari : 1° d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme ; 2° de l'hypothéquer, même avec ce consentement

Ces pouvoirs ont été encore restreints par Justinien. Il défend au mari l'aliénation du fonds dotal même avec le consentement de sa femme.

c) *Restitution de la dot.*

Epoque classique. — A l'époque classique, la femme avait pour obtenir la restitution de sa dot l'*actio rei uxoriæ.* Elle pouvait en outre intenter l'*actio ex stipulatu* quand elle s'était fait promettre la restitution de la dot.

Différences entre l'actio rei uxoriæ et l'actio ex stipulatu.— 1° L'*actio rei uxoriæ* est *in æquum et bonum concepta*, tandis que l'*actio ex stipulatu* était de droit strict.

2° L'*actio rei uxoriæ* n'est pas transmissible aux héritiers de la femme (1), à la différence de l'*actio ex stipulatu.*

3° La femme ne peut pas cumuler l'*actio rei uxoriæ* et le legs que le mari lui a fait dans son testament, en vertu de l'édit *de alterutro.* Elle peut, au contraire, cumuler ce legs avec l'*actio ex stipulatu.*

4° Lorsque le mari est poursuivi par l'*actio rei uxoriæ*, il peut opposer à la femme le bénéfice de compétence, grâce auquel il n'est condamné que dans la mesure de sa solvabilité actuelle. Ce bénéfice ne s'applique pas à l'*actio ex stipulatu.*

5° Le mari peut restituer la dot en trois termes (*una, bima, trima die*) lorsqu'il est poursuivi par l'*actio rei uxoriæ.* Au contraire il est tenu de la restituer immédiatement par l'*actio ex stipulatu.*

6° Poursuivi par l'*actio ex stipulatu* le mari peut retenir une partie de la dot pour différentes causes : pour fautes de la femme, pour les enfants, pour les dépenses faites pour les biens dotaux (Ulpien, Règles, VI, 9 à 17). Rien de semblable n'existe pour l'*actio ex stipulatu.*

Droit de Justinien. — Justinien a fondu ensemble les deux actions et c'est l'*actio ex stipulatu* qui subsiste, mais avec le caractère d'action de bonne foi. Le mari a un délai d'un an pour restituer la dot quand il doit la rendre en valeur. Au contraire il doit la rendre tout de suite, lorsqu'elle est restituable en nature.

Garanties de la restitution. — A l'époque classique, la femme avait pour garantir la restitution de la dot un privilège lui permettant de passer avant les créanciers ordinaires ou chirographaires du mari, mais non avant ses créanciers hypothécaires.

(1) Lorsque la femme mourait avant le *paterfamilias* qui lui avait constitué sa dot, celui-ci pouvait exercer l'*actio rei uxoriæ*, pour que, disait Pomponius, il n'eût pas à déplorer en même temps la perte de sa fille et de son argent.

Justinien lui accorda d'abord en 530 une hypothèque sur tous les biens du mari ; et en 531 il déclara que cette hypothèque serait privilégiée et primerait toutes les hypothèques consenties par le mari, même avant le mariage.

C'est pourquoi on lui a donné le surnom d'*imperator uxorius*, c'est-à-dire ami des femmes mariées.

§ 2. — onation propter nuptias.

Définition. — C'est une donation que le mari fait à la femme.

Avant Justinien. — Avant Justinien cette donation ne pouvait être faite qu'avant le mariage ; on l'appelait alors donation *ante nuptias*.

Le mari restait propriétaire des biens formant l'objet de cette donation ; mais ces biens étaient inaliénables comme le fonds dotal.

Lorsque la femme survivait à son mari, elle entrait en possession de ces biens en même temps qu'elle se faisait restituer sa dot. C'était pour elle une sorte de gain de survie qui compensait le gain de survie que le mari avait sur la dot.

Sous Justinien. — Deux modifications ont lieu :

1° La donation peut avoir lieu pendant le mariage ; on l'appelle désormais. donation *propter nuptias* (en faveur du mariage).

2° La femme même survivante n'a plus droit à réclamer les biens qui la composent. Cela se comprend : le mari ayant perdu son gain de survie sur la dot. Cette donation ne représente plus guère que l'apport fait par le mari dans le ménage. C'est en quelque sorte la contre-partie de la dot.

SECTION II. — DES LEG

Définition. — Le legs est une libéralité faite dans un testament et mise à la charge de l'héritier.

Eléments constitutifs. — Il résulte de cette définition que deux conditions sont nécessaires pour qu'un legs soit valable :

1° Il faut qu'il soit fait dans un testament.

D'où il suit que les règles de capacité exigées du disposant et

du gratifié sont les mêmes pour l'institution d'héritier que pour le legs.

2° Il faut qu'il soit mis à la charge de l'héritier institué.

D'où il résulte que le legs doit être mis après l'institution d'héritier.

Division de la section. — Nous diviserons la section en trois chapitres :

Chapitre Ier. — Forme des legs.

Chapitre II. — Acquisition des legs.

Chapitre III. — Restrictions à la faculté de léguer.

CHAPITRE PREMIER. — FORME DES LEGS.

Trois périodes. — Au sujet de la forme des legs il y a lieu de distinguer trois périodes :

§ 1. — Le droit ancien.

§ 2. — Le sénatus consulte Néronien.

§ 3. — Le droit de Justinien.

§ 1. — Droit ancien.

Quatre formes de legs. — On distingue à cette époque quatre sortes de legs :

Le legs *per vindicationem* ;

Le legs *per præceptionem* ;

Le legs *per damnationem* ;

Le legs *sinendi modo*.

1° Legs per vindicationem. — *Définition.* — C'est le legs par lequel le testateur transférait directement au légataire la propriété quiritaire de la chose léguée ou un droit réel civil (usufruit ou servitudes).

Forme. — La forme était la suivante : *do lego servum Stichum Titio.* Je donne et lègue l'esclave Stichus à Titius.

Droit conféré au légataire. — Le légataire acquérait par ce legs la propriété de la chose léguée et pouvait la revendiquer. De là lui venait son nom

Etendue d'application. — On ne pouvait léguer de cette façon que les choses dont on avait la propriété quiritaire On ne pouvait léguer, ni la chose dont on n'était que propriétaire bonitaire, ni la chose de l'héritier, ni la chose d'autrui.

2° **Legs per præceptionem.** — *Définition.* — C'est le legs par lequel le testateur autorisait un de ses héritiers à prendre avant partage un bien déterminé sur la succession (*præ*, *capere*, prendre avant).

Forme. — La forme était la suivante : *Lucius Titus illam rem præcipito* (Lucius Titius prélève telle chose)

Droit conféré au légataire. — Ce legs conférait au légataire un droit réel comme le legs *per vindicationem*, au moins dans la doctrine des Proculiens.

Etendue d'application. — Ce legs était un peu plus large que le legs *per vindicationem*, en ce qu'on pouvait de cette façon léguer une chose dont on n'avait que la propriété bonitaire.

3° **Legs per damnationem.** — *Définition.* — C'est un legs par lequel le testateur mettait à la charge de l'héritier l'obligation d'accomplir une prestation déterminée en faveur du légataire.

Forme. — La forme de ce legs était la suivante : « *damnas esto heres meus dare, facere, vel præstare* ». « Sois condamné, mon héritier, à donner, à faire, ou à præster telle chose à telle personne. »

Droit conféré au légataire. — Ce legs conférait au légataire un droit de créance contre l'héritier. Ce legs était sanctionné par l'*actio ex testamento* qui était de droit strict. Elle donnait lieu à une condamnation au double en cas d'*infitiatio* (refus injuste).

Etendue d'application. — Ce legs était le plus large de tous. On le considérait pour cela comme la forme par excellence du legs, *optimum genus legandi*. On pouvait en effet léguer de cette façon, sa chose la chose de l'héritier ou la chose d'autrui.

Le legs de la chose d'autrui était valable à la seule condition que le testateur sût que la chose qu'il léguait appartenait à autrui. C'était au légataire à en faire la preuve. L'obligation de l'héritier consistait à se procurer la chose d'autrui ou bien à lui en fournir l'équivalent en argent, si le véritable propriétaire ne voulait pas s'en défaire

4° **Legs sinendi modo.** — *Définition.* — C'est un legs par lequel le testateur ordonne à l'héritier de laisser prendre au légataire un objet déterminé

Forme. — La forme était la suivante : « *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem sibique haber*. Sois condamné, mon héritier, à laisser Lucius Titius prendre et garder pour lui telle chose. »

Droit conféré au légataire. — Ce legs conférait au légataire un

droit de créance comme le legs *per damnationem*. L'action qui le sanctionnait était la même l'*actio ex testamento* Il y avait cependant cette différence qu'ici l'action était de bonne foi, et non pas de droit strict comme pour le legs *per damnationem*.

Étendue d'application — On ne pouvait léguer de cette façon que la chose du défunt ou la chose de l'héritier, mais non la chose d'autrui.

§ 2. — Sénatus-consulte Néronien.

Validation des legs nuls comme legs per damnationem. Un sénatus consulte rendu sous l'empereur Néron, décida que tout legs qui serait nul en raison de la forme employée, serait valable comme s'il avait été fait *per damnationem*.

§ 3. — Droit de Justinien.

Suppression des formes. — Les différentes formes de legs furent supprimées par une constitution de l'an 339 de notre ère, rendue par les fils de l'empereur Constantin.

Actions reconnues au legataire par Justinien. — Justinien accorde au légataire trois actions :

1° Une action en revendication, qui n'est possible que quand la chose léguée appartenait au testateur ;

2° Une action personnelle *ex testamento* ;

3° Une action hypothécaire C'est Justinien qui crée au profit du légataire pour garantir l'exécution de son legs l'hypothèque qui lui appartient encore aujourd'hui (art. 1017, C. civ.).

Particularités du legs partiaire. — *Définition.* C'est celui par lequel le testateur léguait à une personne une quote-part de l'hérédité, un tiers, un quart, etc.

Caractère juridique. — Le légataire partiaire n'était pas un acquéreur à titre universel comme de nos jours. C'était un acquéreur à titre particulier Seul l'héritier institué avait cette qualité, et comme tel, représentait la personne du défunt.

Conséquences au point de vue des créances et des dettes — Dès lors, c'était l'héritier qui était créancier et débiteur à la place du défunt Pour transmettre au légataire le bénéfice des créances et la charge des dettes correspondant à la part de l'hérédité attribuée au légataire, on employait un détour. L'héritier stipulait du légataire qu'il l'indemniserait du montant des dettes qu'il au-

rait acquittées pour lui et le légataire stipulait de l'héritier qu'il lui restituerait la partie des créances qu'il aurait recouvrées pour son compte. C'est ce qu'on appelait des stipulations *partis et pro parte*.

CHAPITRE II. — ACQUISITION DU LEGS.

Distinction du dies cedit et du dies venit. — *Définition.* — On appelle *dies cedit* le jour où le droit du légataire naît et se fixe en sa personne.

On appelle *dies venit* le jour où le droit du légataire devient exigible et où il peut poursuivre l'héritier pour en obtenir l'exécution.

Importance du dies cedit. — Des deux moments, le plus important était le *dies cedit* à deux points de vue :

1° Il fallait que le légataire fût vivant et capable au moment du *dies cedit* ; sinon le legs était caduc. Peu importait, au contraire, qu'il fût mort ou qu'il devînt incapable entre le *dies cedit* et le *dies venit*.

2° Lorsque le légataire désigné était une personne *alieni juris*, il fallait se placer au moment du *dies cedit* pour savoir qui profiterait du bénéfice du legs. Ainsi, c'était le propriétaire de l'esclave au jour du *dies cedit* qui en recueillait le profit, même s'il avait changé de maître ou s'il était devenu libre entre le *dies cedit* et le *dies venit*.

Au cas de décès survenu après le *dies cedit*, le legs se transmettait à ses héritiers.

Moments auxquels se plaçaient le dies cedit et le dies venit. — *Principe.* — En principe, le *dies cedit* se plaçait au jour de l'ouverture de la succession (1) et le *dies venit* au jour de l'adition d'hérédité.

Explication. — Cette solution étonne. Le droit du légataire n'est pas définitif à ce moment, mais seulement au jour de l'adition faite par l'héritier. Que celui-ci renonce à la succession et le legs tombe. Pourquoi n'avoir pas dès lors placé le *dies cedit* au jour de l'adition d'hérédité, comme le *dies venit* ? par une raison pratique. Parce que l'héritier aurait pu retarder son acceptation

(1) Notons cependant que sous l'empire des lois caducaires, dont nous parlerons plus loin, le *dies cedit* fut retardé jusqu'à l'ouverture du testament.

dans l'espoir de voir le légataire mourir ou devenir incapable ; la période de la jacence de l'hérédité aurait été prolongée. On enlevait cet intérêt à l'héritier en plaçant le *dies cedit* au jour de la mort.

Exceptions. — Ce principe ne s'appliquait pas :

1° Au legs conditionnel, pour lequel le *dies cedit* et le *dies venit* se produisaient à l'arrivée de la condition ;

2° Au legs d'usufruit et au legs fait à l'esclave du défunt affranchi par testament. Le *dies cedit* et le *dies venit* avaient lieu au jour de l'adition d'hérédité (1).

Causes de défaillance du legs. — Le legs était caduc :

1° Par la répudiation de la succession par l'héritier institué ;

2° Par la répudiation du légataire ;

3° Par la mort ou l'incapacité du légataire ;

4° Par la perte de la chose léguée ;

5° Par l'effet de la loi Falcidie et de la règle catonienne ou par l'application des lois caducaires dont nous parlerons plus loin.

Conséquences de la défaillance du legs. — *Principe.* — Lorsque le legs est caduc par une cause tenant à la personne du légataire, c'est en principe l'héritier qui en profite. C'est pour lui une charge de moins à exécuter.

Pluralité de légataires. Accroissement. — Par exception, lorsqu'une chose a été léguée à plusieurs personnes en même temps, il y a lieu, dans certains cas et sous certaines conditions, à accroissement au profit des colégataires qui acceptent. Cette matière est si compliquée que nous renonçons à l'expliquer dans un ouvrage aussi élémentaire.

CHAPITRE III. — DES RESTRICTIONS A LA FACULTÉ DE LÉGUER.

Droit primitif : Ses inconvénients. — Au début, aucune restriction ne fut apportée à la faculté de disposer par legs. L'inconvénient était que le défunt pouvait épuiser de cette façon tout

(1) Cette solution avait été admise pour le legs d'usufruit, parce que, dans ce cas, l'héritier n'avait pas intérêt à retarder son adition, la mort du légataire devant entraîner la fin de l'usufruit, qu'elle se produisît avant ou après cette adition. Dans le cas de legs fait à l'esclave du défunt affranchi par testament, pour que le legs profitât à l'esclave lui-même et non à l'héritier.

l'actif héréditaire et ne rien laisser à l'héritier qui répudiait la succession Le défunt mourait *ab intestat.*

Premiers remèdes imaginés — Pour éviter ce résultat fâcheux, on imagina deux remèdes qui furent impuissants à l'éviter :

1° Une loi Furia *testamentaria* de date indéterminée mais antérieure à 585 de Rome, défendit de léguer plus de 1.000 as.

Mais on pouvait tourner la loi, en faisant un grand nombre de legs de 1.000 as, qui absorbaient l'hérédité.

2 Une loi Voconia de l'an 585 de Rome interdit de donner au légataire plus que ce que prenait l'héritier. Mais en faisant un grand nombre de legs minimes on pouvait réduire à rien le droit du légataire.

Loi Falcidia. — *Sa date.* — Une mesure définitive fut, enfin, prise par un plébiscite de l'an 714 de Rome connu sous le nom de loi Falcidie.

Son objet. — D'après cette loi, le testateur ne peut léguer plus des trois quarts de sa succession ; un quart au moins doit revenir à l'héritier ; on l'appelle la quarte falcidie.

Calcul de la quarte. — Pour calculer cette quarte on évalue les biens laissés par le défunt ; on en déduit les dettes et les affranchissements ; on voit alors si ce qu'il a légué excède ou non les trois quarts.

Sanction de la loi. — Si le montant total des legs excède les trois quarts de l'actif net de l hérédité, tous les legs sont réduits proportionnellement.

La règle Catonienne — *Définition.* — On appelait ainsi une règle formulée par Caton l'ancien ou par son fils, et qui avait pour conséquence indirecte de restreindre la faculté de disposer par legs.

Son objet. — Cette règle disait qu'un legs, qui aurait été inefficace, si le testateur était mort au moment de la confection de son testament, ne pouvait pas produire d'effets, même si l'obstacle à la validité du legs avait disparu dans l'intervalle entre la confection du testament et la mort du testateur.

Son application principale . — Ainsi, je vous lègue l'esclave Stichus qui vous appartient au moment où je rédige mon testament. Si je mourais à ce moment même, ce legs serait sans effet. Il ne deviendra pas valable si vous cessez d être propriétaire de l'esclave Stichus au moment de ma mort.

SECTION III. — DES FIDÉICOMMIS

Notions préliminaires.

Définition. — Un fidéicommis est l'acte par lequel une personne charge une autre personne de transmettre toute sa succession, ou une quote-part de sa succession, ou un bien déterminé de la succession à une troisième personne.

Remarques. — Il résulte de cette définition :

1° Que le fidéicommis supposait trois personnes : le disposant, le fiduciaire, chargé du fidéicommis, et le fidéicommissaire, qui en était le bénéficiaire ;

2° Qu'il y avait deux sortes de fidéicommis :

a) Le fidéicommis universel ou d'hérédité, portant sur toute la succession ou sur une quote part de la succession.

b) Le fidéicommis particulier, portant sur un bien déterminé.

Histoire du fidéicommis. — *Avant Auguste.* — Primitivement, le fidéicommis n'était pas obligatoire. C'était une prière que le défunt adressait à son héritier ou à un légataire, s'en remettant à sa bonne foi quant à son exécution (*fidei commissa*).

Réforme d'Auguste. — C'est Auguste qui rendit le fidéicommis obligatoire. Il chargea le consul du soin d'en assurer l'observation, à l'aide de ses pouvoirs administratifs, *extra ordinem*.

Claude institua deux préteurs spéciaux pour remplir cette fonction (*prætor fideicommissarius*).

Du codicille. — *Définition.* — Le codicille est un acte qui contenait les dernières volontés du mourant. Au début, il était dénué de toute espèce de formes ; il pouvait être verbal et même tacite. Mais sous le Bas-Empire on exige qu'il soit fait en présence de cinq ou sept témoins.

Deux sortes. — On distinguait : les codicilles confirmés par le testament ou testamentaires et les codicilles non confirmés ou *ab intestat*.

Les premiers pouvaient contenir des legs et des fidéicommis, tandis que les seconds ne pouvaient contenir que des fidéicommis.

Division de la section. — Nous diviserons la section en trois chapitres :

Chapitre Ier. — Des fidéicommis d'hérédité.
Chapitre II. — Des fidéicommis particuliers.
Chapitre III. — Des restrictions à la capacité d'acquérir communes à tous les actes après décès. Les lois caducaires.

CHAPITRE PREMIER. — FIDÉICOMMIS D'HÉRÉDITÉ.

Définition. — On se trouve en présence d'un fidéicommis d'hérédité, dans le cas où le défunt, instituant un héritier dans son testament, charge cet héritier de transmettre tous ses biens ou une partie de ses biens à un fidéicommissaire.

Développement historique en quatre périodes. — L'histoire du fidéicommis d'hérédité s'est déroulée à Rome en quatre périodes :

1re Période : Droit ancien.
2e Période : Sénatus-consulte Trébellien.
3e Période : Sénatus-consulte Pégasien.
4e Période : Droit de Justinien.

Nous y consacrerons autant de paragraphes de ce chapitre.

§ 1. — Droit ancien.

Condition juridique respective de l'héritier et du fidéicommissaire. — L'héritier est seul le continuateur de la personne du défunt Il est donc, à sa place, propriétaire de ses biens, titulaire de ses créances, débiteur de ses dettes. Quant au fidéicommissaire, il n'est de plein droit, ni propriétaire, ni créancier, ni débiteur. Il a simplement le droit d'exiger du fiduciaire, à partir d'Auguste, l'exécution du fidéicommis.

Procédés d'exécution du fidéicommis. — Pour rendre le fidéicommissaire propriétaire des biens qui devaient lui revenir dans la succession, l'héritier était obligé de lui en faire *mancipatio, cessio in jure*, tradition de tous les biens héréditaires. En ce qui concerne les créances et les dettes, il intervenait entre l'héritier et le fidéicommissaire des stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* ou *partis et pro parte*, analogues à celles que nous avons indiquées en ce qui concerne le légataire partiaire Ces stipulations présentaient le même inconvénient d'exposer les deux parties intéressées au risque de leur insolvabilité réciproque.

§ 2. — Sénatus-consulte Trébellien.

Sa date. — L'exécution du fidéicommis fut rendue plus commode par le sénatus consulte Trébellien rendu en l'an 56 sous Néron.

Son objet — *Transfert de propriété.* — D'après ce sénatus-consulte une simple convention entre le fiduciaire et le fidéicommissaire suffisait pour opérer transfert de propriété de l'un à l'autre des biens héréditaires. Mais le fidéicommissaire acquérait seulement ainsi la propriété bonitaire et non la propriété quiritaire.

Créances et dettes héréditaires. — A partir du moment où cette convention avait eu lieu le fidéicommissaire était traité comme s'il était héritier *loco heredis.* Il pouvait poursuivre les débiteurs du défunt et être poursuivi par ses créanciers à l'aide d'actions utiles Les actions directes étaient paralysées par l'*exceptio restitutæ hereditatis*, si le fiduciaire voulait les exercer ou si on tentait de les exercer contre lui.

§ 3. — Sénatus-consulte Pégasien.

Sa date. — Le sénatus-consulte Pégasien remonte au règne de Vespasien La date en est incertaine, quoique quelques auteurs le placent en l'an 73 de notre ère.

Son objet. — Ce sénatus consulte fit pour les fidéicommis ce qu'avait fait la loi Falcidie pour les legs. Il restreignit aux trois quarts de l'hérédité la limite dans laquelle on pourrait disposer, sous cette forme, de sa succession, et il décida que le fiduciaire pourrait être contraint par le magistrat à accepter la succession, de façon à ne pas rendre le fidéicommis caduc en répudiant.

Combinaison du Pégasien et du Trebellien. — Au lieu d'appliquer simultanément les deux sénatus-consultes, dont les dispositions n'avaient rien d'incompatible, par une bizarrerie étrange, les jurisconsultes romains décidèrent que quand le Pégasien s'appliquerait, le Trébellien ne s'appliquerait pas et réciproquement.

Ainsi, lorsque le fiduciaire était obligé de se prévaloir du sénatus-consulte Pégasien pour conserver sa quarte, la restitution de la succession s'opérait d'après les règles du droit antérieur. Le fidéicommissaire était *loco legatarii* et non *loco heredis*.

§ 4. — Réformes de Justinien.

Fusion des deux sénatus-consultes. — Justinien fondit ensemble les deux sénatus consultes en rapportant au sénatus consulte Trébellien les dispositions du Pégasien. Dès lors, dans tous les cas, le fidéicommissaire a qualité d'héritier et non de légataire, et la quarte que peut garder le fiduciaire s'appelle désormais quarte trébellienne.

Remarque relative aux quatre quartes. — En résumé donc, on constate à Rome quatre quartes distinctes :

1° La quarte antonine, accordée par Antonin le Pieux à l'adrogé impubère dans certains cas ;

2° La quarte légitime, attribuée aux descendants et aux ascendants ;

3° La quarte falcidie, appartenant à l'héritier institué à l'encontre des légataires ;

4° La quarte pégasienne ou trébellienne accordée au fiduciaire à l'encontre du fidéicommissaire.

CHAPITRE II. — FIDÉICOMMIS PARTICULIERS.

Définition. — C'est l'acte par lequel le défunt charge son héritier ou un légataire de remettre un bien déterminé de la succession à une troisième personne appelée fidéicommissaire.

Ressemblances entre le legs et le fideicommis. — 1° L'un et l'autre impliquaient l'existence de trois personnes : disposant, grevé, bénéficiaire ;

2° Le légataire et le fidéicommissaire devaient, l'un et l'autre, subir les effets de la réduction résultant de l application du sénatus-consulte Pégasien

Différences entre le legs et le fidéicommis. — 1° Le legs devait être fait dans un testament ou dans un codicille testamentaire. Le fidéicommis pouvait être fait dans un codicille *ab intestat* ;

2° Le legs ne pouvait être mis qu'à la charge de l'héritier testamentaire. Le fidéicommis pouvait être mis à la charge de l'héritier testamentaire, de l héritier *ab intestat*, d'un légataire et même d'un fidéicommissaire :

3° Le legs conférait dans certains cas à son bénéficiaire un

droit de propriété ou un droit réel analogue. Le fidéicommis ne procurait à son titulaire qu'un droit de créance contre le grevé ;

4° Pour assurer l'exécution du legs le légataire avait une action soumise aux règles de la procédure ordinaire. Au contraire, le fidéicommissaire n'avait qu'une *persecutio*, donnant lieu à une procédure extraordinaire, se déroulant tout entière devant le magistrat, sans renvoi devant un juge.

Assimilation des fidéicommis aux legs sous Justinien. — Sous Justinien toute différence entre legs et fidéicommis disparaît. Les fidéicommis sont assimilés aux legs.

CHAPITRE III. — DES LOIS CADUCAIRES.

Définition. — On appelle lois caducaires deux lois rendues sous Auguste, la loi Julia *de maritandis ordinibus* et la loi Papia Poppea pour combattre la dépopulation dont on se plaignait comme aujourd'hui.

Leur objet. — Dans ce but elles frappent de déchéances en matière successorale les célibataires et ceux qui n'avaient pas d'enfants (*orbi*).

Les *cœlibes* (célibataires ou veufs non remariés) étaient privés de la capacité de recueillir une succession, ils n'avaient pas le *jus capiendi*.

Les *orbi* ne pouvaient recueillir que la moitié de ce qui venait à leur échoir (*non soldi capaces*).

On appelait ces lois « caducaires » parce qu'elles avaient pour conséquence de déclarer « caduques » les dispositions faites aux personnes qu'elles voulaient punir.

Personnes exceptées. — Étaient exemptées de l'application des lois caducaires les ascendants et les descendants jusqu'au 3° degré. On disait qu'elles jouissaient toujours du droit ancien, du *jus antiquum*.

Droit aux parts caduques. — Les parts caduques, dont les *cœlibes* et les *orbi* étaient privés, étaient attribuées à titre de récompense (*præmia patrum*), d'abord aux héritiers *patres*, et à défaut, aux légataires *patres*. S'il n'y en avait pas, le fisc en bénéficiait.

Abrogation des lois caducaires. — Les lois caducaires ont été abrogées par Constantin. Cependant les derniers vestiges de ces lois n'ont complètement disparu que sous Justinien.

SIXIÈME PARTIE

LES ACTIONS

Objet de la VIe partie. — La sixième partie de cet ouvrage a pour objet l'étude des moyens mis par la loi à la disposition des particuliers pour faire reconnaître et respecter leurs droits en justice. C'est la branche du droit qu'on appelle droit sanctionnateur par opposition à celle que nous avons étudiée jusqu'ici et qui forme le droit déterminateur.

Division de la VIe partie. — Nous diviserons tout naturellement cette sixième partie en trois grandes sections :

Ire section : Organisation judiciaire.

IIe section : Procédure civile.

IIIe section : Etude particulière des actions et autres moyens de sanction.

SECTION Ire. — ORGANISATION JUDICIAIRE

Le jus et le judicium. — *Définition.* — L'une des originalités de la procédure civile à Rome réside dans la division du procès en deux phases bien distinctes :

L'une, qui se passe devant un magistrat ; on l'appelait le *jus* ;

L'autre, qui se déroule devant un juge ; on l'appelait le *judicium*.

La division elle-même s'appelait *ordo judiciorum*.

Sa durée d'application. — Cette règle remonte aux temps les plus reculés de l'histoire de Rome et elle resta en vigueur jusqu'au Bas-Empire. A partir de Dioclétien, la division du procès cesse de

s'appliquer ; le magistrat s'occupe de l'affaire du commencement à la fin ; le juge disparaît

Division de la section Ire. — Il suit de là que pour connaître l'organisation judiciaire jusqu'au Bas Empire, il faut étudier :

§ 1. — Les magistrats.

§ 2. — Les juges.

§ 1. — Les magistrats.

Distinction. — Il faut distinguer :

1° Rome ;

2° Les provinces.

1° **A Rome.** — Les magistrats ont varié aux différentes époques

Royauté. — Sous la Royauté toutes les magistratures étaient exercées par le roi dont les fonctions étaient viagères.

République. — Sous la République, les magistrats furent tout d'abord les deux consuls.

Puis à partir de 387, le Préteur fut institué pour s'occuper spécialement de l'administration de la justice. Il fut d'abord seul. Mais, à partir de 512, on en créa un second. D'où la distinction du préteur urbain, ayant compétence à l'égard des citoyens romains et du préteur pérégrin, compétent à l'égard des pérégrins.

A côté du Préteur il y avait les édiles curules, compétents spécialement en matière de ventes d'esclaves et d animaux

Principat et Bas-Empire. — Les pouvoirs du Préteur sont diminués par la création de nombreux préteurs spéciaux, notamment le *prætor tutelaris* et le *prætor fideicommissarius*, et par les nombreux préfets impériaux : préfet du prétoire préfet de la ville, préfet des vigiles de l'annone, etc. Enfin, au dessus de tous ces magistrats, comme magistrat suprême, compétent en premier ressort ou en appel, se trouvait l'Empereur.

2° **Dans les provinces.** — Le droit d'administrer la justice appartient au gouverneur de province. Il partage ce pouvoir avec les magistrats municipaux.

§ 2. — Les juges.

Distinction. — Il y a lieu de distinguer : le *judex*, l'*arbiter*, les *recuperatores* et les tribunaux permanents.

Du judex. — *Définition.* — Le juge (*judex*) est un simple par-

ticulier, un juré, désigné pour connaître d'une affaire déterminée.

On l'appelle pour cela *judex privatus* ; on l'appelle aussi l'*unus judex* parce qu'il siège seul, sans assesseur.

Désignation — Le juge était désigné librement par les deux parties lorsqu'elles se mettaient d'accord à ce sujet. Dans le cas contraire, il leur était imposé par le Préteur. Ce dernier le choisissait sur une liste officielle de *judices selecti* La composition de cette liste a beaucoup varié. L'histoire de Rome est remplie de la lutte que se sont livrée les chevaliers et les sénateurs pour la composition de ces listes.

L'arbiter. — L'*arbiter* est un simple particulier, comme le juge et comme lui il est désigné pour une affaire déterminée. Il en diffère, seulement, d'après l'opinion qui a prévalu sur cette question très controversée, en ce qu'il est chargé des affaires où l'équité l'emporte sur la rigueur du droit et des principes

Des recuperatores. — Ils diffèrent seulement du juge en ce qu'ils siègent à plusieurs, au nombre de trois et de cinq pour les procès intéressant des pérégrins

Tribunaux permanents — *Définition*. — A côté de ces juges désignés pour des affaires déterminées certains tribunaux fonctionnaient à Rome, d'une façon permanente, avec une compétence spéciale : c'étaient les centumvirs et les décemvirs.

Tribunal des centumvirs — Au début la compétence de ce tribunal, composé de 105 membres, s'étendait à tout ce qui touchait à la propriété, aux servitudes, aux successions et à la tutelle. Sous la procédure formulaire, sa compétence ne se maintint que pour l'action en pétition d'hérédité et pour la *querela inofficiosi testamenti*. Ce tribunal resta en fonctions jusque sous les Sévères.

Tribunal des décemvirs. Il a une compétence spéciale pour les procès relatifs à la liberté et au droit de cité. Il fut supprimé sous Auguste.

SECTION II. — PROCÉDURE CIVILE

Définition. — On entend par procédure civile les règles de forme que les plaideurs doivent observer pour assurer le triomphe de leurs prétentions devant les tribunaux.

Trois formes successives. — A Rome, la procédure civile a affecté trois formes successives :

1° La procédure des *legis actiones*, jusqu'à la loi Æbutia ;

2° La procédure formulaire à partir de la loi Æbutia ;

3° La procédure extraordinaire, à partir du règne de Dioclétien.

Division de la section II. — Nous consacrerons un chapitre spécial de cette section à l'étude de chacune de ces formes de procédure.

CHAPITRE PREMIER. — PROCÉDURE DES LEGIS ACTIONES.

Traits caractéristiques. — La procédure des *legis actiones* est caractérisée par les traits suivants :

1° La procédure se déroulait en deux phases : l'une devant le magistrat, l'autre devant le juge. Devant le magistrat, les parties exposaient leurs prétentions et mettaient l'affaire au point. C'était ensuite le juge qui tranchait le différend en prononçant la sentence.

2° La procédure devant le magistrat était des plus formalistes. Les parties devaient prononcer des paroles, accomplir des gestes, tels que la loi les avait établis (1), sans y rien changer, sous peine de perdre le procès (2).

3° Le rôle du magistrat est nul. Il préside à l'accomplissement de la *legis actio* sans pouvoir y rien changer.

Des cinq legis actiones. — *Enumération.* — On distinguait cinq *legis actiones* :

1° Le *sacramentum* ;

2° La *judicis postulatio* ;

3° La *condictio* ;

4° La *manus injectio* ;

5° La *pignoris capio*.

Groupement en deux catégories. — On peut les grouper en deux catégories bien distinctes, suivant leur but.

Les trois premières tendaient à l'organisation d'une instance, en vue de la reconnaissance d'un droit en justice.

Les deux dernières étaient des voies d'exécution.

(1) C'est de là que vient l'expression de *lege agere* (agir conformément à la loi) et de *legis actio*.

(2) Gaius raconte qu'un procès fut perdu parce qu'un plaideur avait employé le mot vigne au lieu du mot arbre (C. IV. 11).

Division du chapitre. — Nous allons les étudier très rapidement en autant de paragraphes distincts ; nous consacrerons enfin un paragraphe à la disparition de cette procédure.

§ 1. — Sacramentum.

Définition. — Au début, ce fut la seule forme d'intenter une action, s'appliquant à toute espèce de droits, droits réels et droits de créance (*sacramentum in rem et in personam*), comme la *mancipatio* fut le seul mode d'aliénation et le *nexum* le seul mode de contracter. Nous ne parlerons que du *sacramentum in rem*.

Sacramentum in rem. — Nous supposons une action en revendication, c'est-à-dire une action par laquelle le demandeur veut faire reconnaître son droit de propriété sur une chose déterminée. Voici comment la procédure se déroulait devant le Préteur.

1° Le demandeur tenant à la main une baguette (*festuca*) appréhendait l'objet revendiqué, et disait : Je déclare que cette chose m'appartient et c'est pourquoi j'y applique ma baguette.

Le défendeur en faisait autant de son côté. Il appréhendait l'objet comme pour s'en emparer et prononçait les mêmes paroles. C'était ce qu'on appelait la *rei vindicatio*, suivie de la *contra rei vindicatio* du défendeur et d'un combat simulé (*consertio manuum*) (1).

2° Le Préteur mettait fin à ce simulacre de combat en disant : *mittite ambo hanc rem* (laissez-moi cet objet).

3° Le demandeur provoquait le défendeur au *sacramentum*, c'est à dire au pari « De ce que tu revendiques à tort l'objet du litige, je te provoque au pari pour 500 pièces d'airain. » Le défendeur répondait « j'en fais autant pour toi ».

4° Le magistrat attribuait à l'un des plaideurs la possession de l'objet revendiqué pendant l'instance. Celui qui en était attributaire devait fournir un répondant pour garantir la restitution de cet objet et les fruits qu'il avait pu produire pendant le procès (*prædes litis et vindiciarum*).

5° Enfin, le magistrat désignait le juge que les parties avaient accepté. Celles-ci s'assignaient réciproquement à comparaître devant le juge dans les trois jours (*comperendinatio*).

(1) On a expliqué ces formalités bizarres du *sacramentum* en disant que c'était une procédure qui reflétait la coutume des temps primitifs, dont on n'était pas très éloigné, où chacun se faisait justice à lui-même, librement.

Litis contestatio. — On appelle ainsi le dernier moment de la procédure devant le magistrat. Il était ainsi appelé, parce que les parties s'adressant à ce moment aux personnes présentes au tribunal du Préteur leur disaient : « *Testes estote litis* soyez témoins du procès », pour en venir témoigner devant le juge.

Procédure devant le juge. — C'est devant le juge que les preuves étaient fournies par les parties de leurs prétentions respectives et que les avocats plaidaient sur le fond de l'affaire. Mais, chose curieuse, le juge ne tranchait pas directement le procès. Il se bornait à déclarer des deux parties laquelle avait gagné le pari « *Utriusque justum sit sacramentum* » C'est pourquoi on designe souvent cette procédure sous le nom de procédure par le pari.

§ 2. — Judicis postulatio.

Définition. — C'est une procédure plus simple, par laquelle les parties se bornent à demander un juge au magistrat

Conjectures — On a peu de renseignements sur cette *legis actio*. On croit généralement qu'elle s'appliquait au cas où le créancier réclamait une chose indéterminée ; par exemple, la réparation d'un préjudice causé. Alors le juge désigné par le magistrat (au lieu d'être choisi par les parties) recevait de lui le pouvoir d'apprécier l'existence et le montant du préjudice et de condamner le débiteur à en payer l'estimation.

§ 3. — Condictio.

Définition. — La *condictio* est une dénonciation en termes solennels que le demandeur adresse au défendeur d'avoir à comparaître dans les trente jours devant le Préteur à l'effet de prendre un juge.

Origine. — Elle fut établie par la loi Silia, au cas d'obligation de payer une somme d'argent déterminée et par la loi Calpurnia lorsqu'il s'agissait d'un corps certain.

Conjectures. — On possède peu de renseignements à ce sujet. On suppose comme pour la *judicis postulatio*, que le juge désigné par le magistrat, recevait de lui le pouvoir de condamner le défendeur à payer une somme d'argent Ces deux formes de procédure marquaient un progrès sur le *sacramentum*, en ce qu'elles substituaient l'action directe du magistrat à celle des parties elles-

mêmes. C'était un acheminement vers la suppression des derniers vestiges de la justice privée des temps anciens.

§ 4. — La manus injectio.

Définition. — C'était la prise de corps effectuée par le créancier sur la personne physique du débiteur, en dehors de toute intervention du magistrat, pour certaines causes déterminées par la loi.

Procédure. — Le créancier, saisissant son débiteur par une partie de son corps, disait : « De ce que tu as été condamné à me payer 10 000 sesterces (par exemple), et que tu ne t'es pas acquitté, je mets la main sur toi (*manus injicio*) » (C. IV, 21).

Le débiteur était alors mis par le créancier en prison (*carcere privato*). Par trois fois, pendant 60 jours il le conduisait au marché et faisait proclamer sa dette, pour provoquer l'intervention d'un ami ou d'un parent. Passé ce délai, il pouvait le vendre ou le mettre à mort.

Causes. — La *manus injectio* pouvait être employée : au cas de jugement prononcé et dans certains cas prévus par la loi, sans jugement préalable (Loi Publilia et Furia *de sponsu*) (C. IV, 22).

Tantôt le débiteur ne pouvait pas lui même s'opposer à la *manus injectio* : un tiers, jouant le rôle de *vindex*, devait intervenir en sa faveur et plaider pour lui. C'était la *manus injectio judicati* ou *pro judicato*.

Tantôt le débiteur pouvait plaider lui même. C'était la *manus injectio pura*. Elle fut généralisée par la loi Vallia (C. IV, 25).

§ 5. — Pignoris capio.

Définition. — C'est la saisie d'un bien du débiteur effectuée par le créancier, sans intervention du magistrat, en prononçant des paroles sacramentelles.

Causes et effets. — Les causes de *pignoris capio* indiquées par Gaius se réfèrent au droit public ou à des matières touchant au culte (C. IV, 27-28). Le créancier pouvait garder l'objet saisi jusqu'à ce que le débiteur se soit libéré. Passé un certain délai, il pouvait le détruire.

§ 6 — Disparition de la procédure des legis actiones.

Inconvénients de ce système. — Le système des *legis actiones* présentait de nombreux inconvénients :

1° *Son formalisme*, exposant les parties à perdre leur procès pour un mot employé à la place d'un autre ;

2° *Le rôle effacé du Préteur*, ne lui permettant pas de plier le droit aux nécessités de la pratique.

*** **Quand et comment disparut ce système ?** — La disparition des *legis actiones* se fit par deux étapes successives et fut l'œuvre de deux lois :

1° La loi Æbutia (entre 605 et 628 de Rome) introduisit les premières formules, en laissant le choix aux parties entre l'ancienne procédure et la nouvelle ;

2° La loi Julia *judiciaria*, rendue sous Auguste en 737, fit disparaître la procédure des actions de la loi, sauf dans certains cas exceptionnels (1).

*** CHAPITRE II. — PROCÉDURE FORMULAIRE.

Notions préliminaires.

Définition. — La procédure formulaire est ainsi appelée parce qu'elle a pour trait essentiel une formule écrite que le Préteur rédige, et qui sert de base aux débats devant le juge.

Traits caractéristiques. — 1° Le procès se déroule toujours en deux phases comme sous les *legis actiones* : *in jure* et *in judicio*. 2° Désormais, les parties exposent leurs prétentions respectives devant le magistrat, sans être soumises à aucun formalisme d'aucune sorte, ni en paroles, ni en gestes. 3° Le rôle du magistrat est prépondérant. D'après les explications des parties il rédige la formule qui nomme le juge, lui indique l'objet du litige et délimite exactement ses pouvoirs.

Importance historique. — L'avènement de cette procédure marque une date importante de l'histoire du droit romain ; parce que, c'est à partir de ce moment que le Préteur put exercer

(1) La *legis actio damni infecti*, et les procès devant être portés *in judicio* devant le tribunal des centumvirs.

une influence salutaire sur le droit romain en le développant et en le corrigeant dans le sens des idées d'équité et d'humanité.

Origine vraisemblable. — L'origine de la procédure formulaire est attribuée par une conjecture très vraisemblable au Préteur pérégrin. Les *legis actiones* étant inapplicables aux Pérégrins ce magistrat dut imaginer un moyen de faire juger les procès entre pérégrins et les procès entre citoyens romains et pérégrins. C'est dans ce but qu'il inventa la procédure formulaire

Cette façon d'opérer parut beaucoup plus commode que la procédure archaïque des *legis actiones*. Elle finit par être empruntée au Préteur pérégrin, par son collègue le Préteur urbain pour les procès entre citoyens, et sa supériorité lui assura le triomphe définitif sur l'autre.

Durée d'application. — La procédure formulaire fut établie, nous l'avons dit déjà, par la loi Æbutia (605 à 628 de Rome) et elle resta en vigueur jusqu'au règne de Dioclétien (fin du IIIe siècle de notre ère).

Division du chapitre II. — Nous diviserons le chapitre II en six paragraphes :

§ 1. — Etude de la formule.
§ 2. — De la procédure *in jure*.
§ 3. — De la procédure *in judicio*.
§ 4. — Des voies de recours.
§ 5. — Des voies d'exécution forcée.
§ 6. — De la *cognitio extraordinaria*.

§ 1. — Etude de la formule.

Définition. — La formule est un écrit par lequel le magistrat désigne le juge lui explique quelle est la prétention du demandeur, quels sont les moyens de défense du défendeur et lui donne le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur, suivant l'opinion qu'il se sera faite sur le procès.

Structure de la formule. — La formule comporte des parties principales et des parties accessoires. Les premières doivent se rencontrer, soit dans toutes les formules soit dans certaines actions déterminées, sinon la formule était incomplète. Les autres ne sont jamais nécessaires : la formule est complète sans elles.

a) *Parties principales.*

Enumération. — Les parties principales de la formule sont :

1° L'*institutio judicis* ;

2° La *demonstratio*.

3° L'*intentio*.

4° L'*adjudicatio*.

5° La *condemnatio*.

1° Institutio judicis. — *Définition.* — C'est la partie de la formule qui a pour objet la désignation du juge.

Forme. — Cette désignation se faisait, en tête de la formule, en termes impératifs : « *Titius judex esto* » « sois juge ».

Choix du juge. — Le choix du juge était l'œuvre des parties elles-mêmes quand elles pouvaient s'entendre à ce sujet. Sinon, le Préteur le désignait d'office sur la liste officielle des juges.

2° Demonstratio. *Définition.* — C'est la partie de la formule qui fait connaître au juge la cause juridique de la prétention du demandeur

Forme. — Elle était ainsi rédigée « *Quod Aulus Agerius, apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit...* » « De ce que A^us^ A^us^ a déposé une table d'argent chez N^us^ N^us^... ».

Actions dépourvues. — La *demonstratio* n'existe pas dans toutes les actions. En sont dépourvues :

Les actions réelles ;

Les *condictiones* ;

Les actions *in factum.*

*** **3° Intentio** — *Définition.* — C'est la partie de la formule qui indique au juge quelle est la prétention du demandeur.

Caractère essentiel — C'est la partie essentielle de la formule, à deux points de vue :

1° Elle se rencontre dans toutes les formules, nécessairement ;

2° Elle reflète tous les caractères de l'action

Différentes variétés d'intentiones. — On distingue :

a) L'*intentio in jus et in factum* ;

b) L'*intentio in rem et in personam* ;

c) L'*intentio certa et incerta.*

a) Intentio in jus et in factum. — *Définition.* — L'*intentio* est *in jus concepta* lorsqu'elle pose au juge une question de droit civil à résoudre. L'*intentio* est *in factum concepta* lorsqu'elle donne au juge à vérifier un simple fait dont dépend la condamnation ou l'absolution du défendeur.

Criterium. — Toutes les actions dérivant du droit civil sont *in jus* ; les actions *in factum* sont celles que le Préteur a créées de toutes pièces pour suppléer le droit civil.

Différences de forme. — Deux différences :

1° Les expressions *ex jure quiritium*, *dare oportere*, ne se rencontrent que dans les formules *in jus* ;

2° L'*intentio in jus* a son verbe à l'infinitif présent ; le droit invoqué doit exister, en effet, au moment de l'exercice de l'action. « *Si paret N^um N^um A^o A^o mille sestertia dare oportere.* S'il te paraît que N^us N^us doit donner mille sesterces à A^us A^us » — Au contraire, dans l'*intentio in factum*, le verbe est à l'infinitif passé ; elle se réfère, en effet, à un fait antérieurement accompli. « *Si paret A^um A^um apud N^um N^um mensam argenteam deposuisse.* S'il t'apparaît que A^us A^us a déposé une table d'argent chez N^us N^us. »

b) **Intentio in rem et in personam.** — *Définition.* — L'*intentio* est *in rem* lorsque le nom du défendeur n'y figure pas. L'*intentio in personam* est, au contraire, celle qui indique le nom du défendeur.

Criterium. — L'*intentio* est *in rem* dans les actions réelles, c'est-à-dire celles qui ont pour objet la sanction d'un droit réel. Il est inutile d'indiquer le nom du défendeur. Car on prétend avoir un droit réel à l'encontre de tout le monde et non pas seulement à l'encontre du défendeur.

L'*intentio* est *in personam* dans les actions personnelles, c'est-à-dire qui sanctionnent les droits de créance. Il faut évidemment indiquer de qui on prétend être créancier.

Forme. — L'*intentio in rem* était ainsi conçue : « *Si paret servum Stichum A^o A^o ex jure quiritium esse.* S'il paraît que l'esclave Stichus appartient à A^us A^us. »

Exemple d'*intentio in personam* : « *Si paret N^um N^um A^o A^o mille sestertia dare oportere.* S'il paraît qu'A^us A^us doit donner mille sesterces à N^us N^us. »

c) **Intentio certa et incerta.** — *Définition.* — L'*intentio* est *certa* lorsqu'elle porte sur un corps certain (l'esclave Stichus), sur une somme d'argent déterminée (1 000 sesterces), ou sur une quantité déterminée de choses de genre (10 mesures de blé). L'*intentio* est *incerta* lorsqu'elle a pour objet un *incertum*, une chose indéterminée : « *quidquid paret*, etc. »

Forme. — L'*intentio certa* était libellée dans une forme conditionnelle : « *Si paret mille sestertia* » ou « *servum Stichum dare oportere* ». Au contraire, l'*intentio incerta* affectait une forme posi-

tive et affirmative : « *Quidquid paret Num Num Ao Ao dare facere oportere.* » Et le terme *facere* était ajouté à *dare* parce que l'obligation de faire était le type par excellence de l'obligation incertaine.

4° **Adjudicatio.** *Définition* — C était la partie de la formule par laquelle le Préteur donnait au juge le pouvoir d'attribuer la propriété d une chose à l une ou à l autre partie.

Cas d'application. — Ce pouvoir était tout à fait exceptionnel ; car le rôle du juge est de dire le droit, de reconnaître les droits préexistants et non de conférer des droits. Cette partie de la formule ne se rencontrait que dans trois actions : 1° action en bornage (*finium regundorum*) ; 2° action en partage d une succession (*familiæ erciscundæ*) ; 3° action en partage d une chose commune (*communi dividundo*).

Forme. — L'*adjudicatio* était ainsi libellée : « *Quantum adjudicari oportet judex Titio* (ou *cui oportet*) *adjudicato.* »

5° **Condemnatio.** — *Définition.* — La *condemnatio* est la partie de la formule par laquelle le Préteur confère au juge le pouvoir de condamner ou d absoudre.

Forme. — La forme de la *condemnatio* comporte trois remarques :

a) La *condemnatio* se liait étroitement à l'*intentio*. Tantôt, la vérification de l'*intentio* était la condition de la *condemnatio*, « *Si paret... condemna, si non paret.... absolve* ».

Tantôt, l'*intentio* formait le complément direct de la phrase dont se composait la *condemnatio*, « *Quidquid paret.. condemna.* »

b) La *condemnatio* plaçait le juge dans une alternative : ou bien de condamner le défendeur si la prétention du demandeur était reconnue fondée, ou bien d absoudre le défendeur, dans le cas contraire.

c) Le procès ne pouvait jamais aboutir à la condamnation du demandeur. comme cela peut se produire aujourd hui dans le cas d'une demande reconventionnelle formulée par le défendeur. La procédure romaine était, en effet dominée par le principe de l unité de question Le juge n'avait à résoudre qu'une question à la fois : la question de savoir si le défendeur devait être absous ou condamné.

Caractère pécuniaire des condamnations. — Un autre caractère original de la procédure romaine consistait en ce que les condamnations à Rome étaient toujours pécuniaires. Que l'action fût réelle ou personnelle, que l objet dû fût une somme d argent ou un corps certain, ou une chose de genre, ou même un fait ou

une abstention, peu importait, le défendeur était toujours condamné à payer une somme d'argent déterminée.

Condemnatio certa ou incerta — La *condemnatio* était *certa*, lorsque le montant de la somme d'argent à laquelle le juge était autorisé à condamner le défendeur était déterminé par le magistrat ; *incerta*, lorsque le juge avait sur ce point un pouvoir d'appréciation (*quanti ea res erit judex condemna*).

La *condemnatio* n'était *certa* que dans un seul cas : lorsque l'*intentio* avait pour objet une somme d'argent déterminée. Et alors le juge ne pouvait condamner qu'à la somme indiquée dans l'*intentio*. « *Si paret Num Num Ao Ao mille sertertia dare oportere, condemna, si non paret absolve.* » D'où il suit que si le défendeur devait non pas 1.000 sesterces, mais 999 sesterces, il y avait lieu à absolution. Solution logique, mais extrêmement rigoureuse et pleine de danger pour le créancier !

Clausula arbitraria. La règle que les condamnations sont pécuniaires souffre un tempérament dans le cas où l action est arbitraire. Dans ces actions en effet, le juge qui reconnaît le bien-fondé de la prétention du demandeur doit, avant de condamner ou d absoudre, inviter le défendeur à restituer la chose revendiquée et ce n'est qu'à défaut de restitution que le défendeur est condamné à payer en argent la valeur de la chose réclamée. La *clausula arbitraria* est indiquée dans la formule par le mot *nisi*, à moins que. Le juge doit condamner le défendeur « *nisi restituatur*, à moins qu il ne restitue » Grâce à cette clause le défendeur pouvait souvent obtenir la chose même qu'il réclamait, au lieu de se contenter d'un équivalent en argent.

Formule avec transposition. — On appelle ainsi une formule dans laquelle le nom qui figure dans l'*intentio* est différent de celui qui figure dans la *condemnatio*. Il en est ainsi notamment : 1° au cas d'*actio adjectitiæ qualitatis* ; 2° dans le cas où l un des plaideurs agit par un mandataire, l *intentio* est au nom du mandant et la *condemnatio* au nom du mandataire.

b) *Parties accessoires*.

Enumération. — Les parties accessoires de la formule sont :

1° Les *exceptiones* ;

2° Les *replicationes* et *duplicationes* ;

3° Les *præscriptiones*.

1° **Exceptiones**. — *Définition*. — L'exception est la partie de la formule par laquelle le magistrat ordonne au juge d'absoudre

le défendeur, malgré la vérification de l'*intentio*, si telle circonstance invoquée par lui s'est réellement produite. Par exemple, s'il y a eu dol de la part du demandeur, s'il n'y a pas eu numération d'espèces, s'il y a eu pacte de remise consenti par le créancier au débiteur.

Forme. — L'*exceptio* était libellée dans la forme « *nisi*, à moins que ».

Corrélation entre l'intentio, l'exceptio et la condemnatio. — Il y avait une corrélation étroite entre ces trois parties de la formule. En effet, la *condemnatio* était subordonnée à la vérification de l'*intentio* et à la non vérification de l'*exceptio*.

Exemple : S'il t'apparaît que N^us N^us doit donner 1.000 sesterces à A^us A^us, juge condamne, à moins que les espèces n'aient pas été comptées.

De telle sorte que le mot « exception » est tout à fait employé dans son sens usuel. C'est bien une exception au pouvoir de condamner

Différence entre exception et moyen de défense. — L'exception ressemble au moyen de défense en ce que, comme lui, elle est invoquée par le défendeur pour éviter la condamnation.

Mais, elle en diffère en ce que le moyen de défense est la négation directe de la prétention du demandeur ; le défendeur dit qu'il ne doit pas ce qui lui est réclamé. Au contraire, l'exception est un moyen détourné, indirect, employé par le défendeur pour empêcher qu'une condamnation soit prononcée contre lui, bien qu'il ne conteste pas le bien-fondé de la prétention du demandeur. Il ne dit pas qu'il n'a pas promis ce que lui réclame le demandeur ; il ne dit pas qu'il a payé. Il dit qu'en raison de telle circonstance spéciale, absence de numération d'espèces, ou dol du demandeur, il doit, malgré l'exactitude de l'*intentio*, être absous.

Intérêt pratique de cette différence. — Il suit de là que le moyen de défense n'a pas besoin d'être inséré formellement dans la formule pour que le juge puisse en tenir compte. Cela se comprend aisément. Le demandeur se prétend créancier du défendeur, celui-ci déclare qu'il n'est pas débiteur. C'est la même question sous une autre forme.

Au contraire, le juge ne peut tenir compte de l'exception que si le Préteur l'y a autorisé en l'insérant dans la formule ; parce que l'exception soulève une question différente de l'*intentio*.

Origine historique. — L'exception est de création prétorienne.

C'est un procédé imaginé par le Préteur pour corriger les rigueurs du droit civil. Il ne pouvait pas le heurter de front; il employait le moyen indirect de l'*exceptio* pour le tourner, quand il était contraire à l'équité.

2° **Replicationes et duplicationes**. — La *replicatio* est la réponse à l'exception insérée dans la formule en faveur du demandeur et la *duplicatio* c'est la réponse à la réplique dans l'intérêt du défendeur.

3° **Præscriptiones**. — *Définition*. — C'est une partie de la formule qui est mise en tête. Ce mot vient de *scribere* « écrire », *præ* « en avant ». Il y en avait de deux sortes : les unes, en faveur, du demandeur, *pro actore*, les autres, en faveur du défendeur, *pro reo*

Præscriptiones pro actore. — Elles ont pour but de délimiter le débat, afin de restreindre l'effet extinctif de la *litis contestatio* à l'objet précis de la réclamation actuelle du demandeur (1).

Præscriptiones pro reo — Ce sont de véritables exceptions, n'en différant que par la place qu'elles occupent dans la formule ; elles figurent en tête au lieu d'être mises après l'*intentio* Comme exemple, on peut citer la *præscriptio longi temporis*

§ 2. — Procédure in jure.

Marche de la procédure. — *Débats in jure*. — La procédure *in jure* se déroule devant le magistrat, sous le système formulaire, en dehors de tout formalisme Le demandeur expose ses prétentions dans un langage quelconque, sans avoir à choisir ses mots, sans avoir à accomplir des gestes symboliques et il demande au Préteur la formule qui paraît convenir à son affaire. C'est l'*editio actionis* Le défendeur, de son côté, peut, ou bien demander au Préteur, de refuser au demandeur toute formule, ou bien lui demander d'y insérer en sa faveur une exception déterminée.

Refus de la formule. — Le Préteur refusait de délivrer une

(1) Par exemple au cas de stipulation d'une rente viagère, le créancier n'a qu'une seule action contre son débiteur Il le poursuit en justice S'il n'a pas soin de limiter sa demande à l'annuité échue, à l'aide d'une *præscriptio*, il déduira en justice tout son droit par une seule poursuite et n'aurait plus d'action pour agir plus tard contre son débiteur pour le recouvrement des annuités ultérieures.

formule : 1° Lorsque la prétention du demandeur lui paraissait manifestement inadmissible, d'après les explications ou les justifications fournies par le défendeur ;

2° Lorsque la prétention du demandeur n'était sanctionnée ni dans le droit civil, ni dans le droit prétorien ;

3° Lorsque le défendeur procurait au demandeur la satisfaction qu'il réclamait de lui

Délivrance de la formule. — Dans tous les autres cas, le Préteur délivrait au demandeur la formule (*dabat judicium*) ; le demandeur l'offrait au défendeur (*edebat judicium*) et ce dernier l'acceptait (*accipiebat judicium*). Cette acceptation de la formule par le défendeur était indispensable. Sans elle, le procès ne pouvait pas suivre son cours. Il y avait donc là un véritable contrat judiciaire.

Remarque importante sur le terme judicium. — Le terme *judicium* est équivoque, parce qu'il est employé dans plusieurs sens différents :

1° Tantôt, il veut dire formule, comme dans l'expression *judicium dare, edere* ; *acceptum judicium* ;

2. Tantôt, il veut dire action, comme dans l'expression *judicia stricti juris* ou *bonæ fidei*.

3° Tantôt, il s'entend de la seconde phase de la procédure, celle qui se déroule devant le juge : *judicium* est opposé à *jus*.

4° Tantôt, il s'entend de l'instance tout entière, dans son ensemble. Par exemple dans l'expression *judicium legitimum* et *judicium imperio continens*.

De l'indefensus. — Le défendeur est *indefensus*, lorsqu'il fait défaut, ou lorsqu'il refuse d'accepter la formule Le procès ne pouvait pas dans ce cas suivre son cours. Mais alors le défendeur aurait eu un moyen commode d'échapper à toute poursuite ! Pour éviter cela, le Préteur accordait au demandeur la *missio in possessionem*, c'est-à dire l'envoi en possession des biens de l'*indefensus*. Cette éventualité devait, en fait déterminer le défendeur à ne pas se mettre dans le cas d'un *indefensus*.

Litis contestatio ou acceptum judicium — *Définition.* — Comme sous la procédure des actions de la loi, c'était le dernier instant de la procédure *in jure* Elle avait lieu au moment où le défendeur acceptait la formule, rédigée par le Préteur, que le demandeur lui offrait.

Effet essentiel. — L'effet essentiel et original de la *litis contestatio* consistait à éteindre le droit antérieur et à faire naître à sa

place un droit nouveau, le droit à une condamnation pécuniaire ; on l'avait pour cela comparée à la novation et on l'appelait novation nécessaire (Gaius, C. III, 180).

Autres effets. — D'autres effets étaient encore attachés à la *litis contestatio* :

1° C'est à ce moment que le juge doit se reporter pour apprécier le bien-fondé des prétentions des deux parties.

2° La *litis contestatio* rend perpétuelles les actions temporaires, et transmissibles aux héritiers les actions strictement personnelles.

3° A partir de la *litis contestatio* le défaut du défendeur est sans influence sur la marche de la procédure. Elle aboutit simplement à une condamnation par défaut du défendeur.

§ 3. — Procédure in judicio.

Débats devant le juge. — C'est devant le juge que les débats se déroulaient sur le fond du procès. Le demandeur produisait les preuves de sa prétention et le défendeur celles de sa défense. Les avocats des deux parties plaidaient.

Office du juge. — L'office du juge consistait à s'enfermer rigoureusement dans les termes de la formule qui limitait l'objet du litige et déterminait ses pouvoirs d'une façon précise.

Le procès se terminait par le prononcé du jugement ou *sententia*, condamnant le défendeur ou l'absolvant.

Cette sentence avait, comme aujourd'hui, autorité de chose jugée, c'est-à-dire qu'elle était présumée conforme à la vérité ; et aucun débat ne pouvait plus être élevé au sujet de la même affaire, ni par le défendeur ni par le demandeur.

Distinction des judicia. — *Enoncé.* — On distinguait deux sortes de *judicia* : le *judicium legitimum* et le *judicium imperio continens.*

Judicium legitimum. — Le *judicium* (ou instance) est *legitimum* lorsque trois conditions sont réunies :

1° Lorsque le procès a lieu à Rome ou à un mille autour de Rome ;

2° Lorsqu'il a lieu entre citoyens romains ;

3° Lorsqu'il a lieu devant un juge unique, *unus judex*.

Judicium imperio continens. — Lorsque l'une de ces conditions faisait défaut, on disait que le *judicium* était *imperio continens*,

c'est-à dire que l'instance avait pour base l'*imperium* du magistrat.

Différences principales. — 1° Dans le *judicium legitimum*, l'instance était périmée au bout de dix-huit mois : dans le *judicium imperio continens*, elle finissait avec les pouvoirs du magistrat qui avait organisé l'instance.

2° Dans le *judicium legitimum*, la *litis contestatio* éteint le droit antérieur *ipso jure*, elle ne l'éteint qu'*exceptionis ope* dans l'autre.

3° Dans le *judicium legitimum*, l'*adjudicatio* transfère la propriété quiritaire ; elle ne transfère que l'*in bonis habere* dans l'autre.

§ 4. — Voies de recours.

Sous la République. — Il n'existe aucune voie normale de recours, mais seulement des moyens extraordinaires de faire échec à la sentence rendue. Ce sont :

1° L'*intercessio*, ou intervention d'un magistrat égal ou supérieur, ou d'un tribun de la plèbe, qui empêchait l'acte d'être exécuté, en opposant son *veto*.

2° La *revocatio in duplum*, ou action intentée par le défendeur condamné pour faire annuler la sentence. S'il échouait, il encourait la peine du double.

3° La *restitutio in integrum*, dont nous ferons connaître les règles plus loin, et qui s'appliquait aux actes judiciaires comme aux actes extrajudiciaires.

Sous l'Empire. — Une voie de recours ordinaire est organisée et fonctionne régulièrement. On peut en appeler de la décision du juge au magistrat qui a délivré la formule. On peut se pourvoir contre la décision de ce magistrat devant le magistrat supérieur, et ainsi de suite gravir tous les degrés de la hiérarchie judiciaire jusqu'à l'Empereur. L'appel n'aboutissait pas simplement à l'annulation de la décision attaquée, mais à sa réformation.

§ 5. — Des voies d'exécution forcée.

Distinction. — Les moyens d'exécution forcée étaient de deux sortes : 1° les uns sur la personne ; 2° les autres sur les biens.

1° Exécution sur la personne. Manus injectio. — La *manus injectio* seul moyen d'exécution forcée au début, se maintint, même après que l'exécution sur les biens eut été organisée. Mais elle n'entraîne plus le droit pour le créancier de vendre ni de

mettre à mort son débiteur. Il peut seulement l'emmener chez lui l'enfermer dans sa prison, *in carcere privato*, et le faire travailler jusqu'à ce qu'il l'eût par son travail indemnisé complètement.

Le débiteur pouvait d'ailleurs y échapper en faisant à son créancier une cession de biens, c'est-à dire un abandon de ses biens.

2° **Exécution sur les biens**. — *Caractère général*. — L'exécution des biens du débiteur à Rome ressemblait à la faillite actuelle des commerçants et différait de la déconfiture des non commerçants. C'était une mesure d'ensemble prise dans l'intérêt de tous les créanciers et non une mesure individuelle. Elle se composait de deux phases distinctes : l'envoi en possession des biens et la vente des biens.

Missio in possessionem. — L'envoi en possession était prononcé par le Préteur sur la demande d'un des créanciers au profit de tous. Puis, les créanciers réunis en une sorte d'assemblée désignaient, parmi eux ou en dehors d'eux, un *magister* ou syndic pour gérer les biens et préparer le cahier des charges de la vente, *lex bonorum vendendorum*.

Vente des biens. — Pendant longtemps, la vente des biens se faisait en bloc. L'acheteur, *emptor bonorum*, s'engageait envers les créanciers à leur payer tant pour cent 50, 30, 20 0/0 de leur créance. Il était acquéreur à titre universel des biens du débiteur, comme un héritier, *loco heredis*.

Distractio bonorum. — Cette façon de réaliser l'actif du débiteur donnait de mauvais résultats en pratique. L'acquéreur offrait un dividende insuffisant. Le progrès consista à faire vendre les biens individuellement comme aujourd'hui en cas de faillite ; cette nouvelle façon d'opérer s'appelait *distractio bonorum*.

§ 6. — **Cognitio extraordinaria**.

Définition. — On appelait ainsi la procédure qui se déroulait tout entière devant le magistrat, qui prononçait lui-même la sentence, sans renvoi devant le juge (*extra ordinem judiciorum*).

Cas d'application. — Les principaux cas d'application de cette procédure extraordinaire à l'époque du système formulaire étaient les suivants :

1° Réclamation d'aliments ;

2° Exécution de fidéicommis ;

3° Demandes d'honoraires de la part de médecins, avocats, professeurs.

Particularités. — 1° L'action s'appelait alors *persecutio*.

2° Les pouvoirs du magistrat étaient plus étendus que ceux du juge. En vertu de son *imperium* il pouvait condamner le défendeur à fournir la chose même qui était réclamée et même condamner le demandeur en faveur du défendeur sur demande reconventionnelle de ce dernier.

CHAPITRE III. — LA PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE.

Définition. — La procédure extraordinaire ne fut que la généralisation de la *cognitio extraordinaria* par la suppression opérée dans tous les cas de l'*ordo judiciorum* Le juge disparaît, le procès se déroule d'un bout à l'autre devant le magistrat

Date de son apparition. — L'élimination de la procédure formulaire ne fut pas l'œuvre d'un jour, ni d'un empereur. Elle se fit lentement et progressivement. L'évolution paraît terminée sous le règne de Dioclétien.

Pendant longtemps on a attribué à cet empereur le mérite de cette réforme Il l'aurait réalisée dans une constitution de l'an 294 (C. 2. III). La vérité est que ce texte constate un état de choses existant précédemment plutôt qu'il ne l'inaugure comme une nouveauté.

Comment s'opéra cette transformation ? — Cette transformation s'opéra tout naturellement par l'extension des pouvoirs administratifs des magistrats impériaux : préfet du prétoire, préfet des vigiles, préfet de l'annone, préfet de la ville. Ils attirèrent à eux les matières judiciaires connexes à leurs fonctions administratives, faisant là plutôt acte de police administrative qu'acte de justice civile (1).

Marche générale de la procédure — 1° *Plus de juge privé*.— Sous la procédure extraordinaire, il n'y a plus renvoi de l'affaire devant un juge privé. Le procès commence et s'achève devant le magistrat. Cependant, le magistrat peut confier ses pouvoirs à un délégué que les textes appellent *judex datus* ou *judex pedaneus*. Mais c'est non un juré, comme le *judex privatus* d'autrefois, c'est

(1) Voir pour les détails, Girard, *op. cit.*, p. 1031 et suiv.

un fonctionnaire, statuant comme le magistrat lui-même, *extra ordinem*.

2° *Plus de formule.* — Il n'y a plus de formule. Cela se comprend. Le besoin ne s'en fait plus sentir, puisque les parties exposent leurs prétentions devant le magistrat qui statue lui-même sur l'affaire.

3° *Litis contestatio.* — La *litis contestatio* existe toujours, quoique d'une façon moins apparente qu'autrefois. Elle se produit au moment où les parties ont posé leurs conclusions devant le magistrat. On dit aujourd'hui que l'affaire est en état.

La *litis contestatio* produit les mêmes effets que précédemment. Cependant, Justinien supprime son effet extinctif.

4° *Condamnation.* — Dernière particularité ! la condamnation porte sur la chose même qui est réclamée. Elle n'est plus nécessairement pécuniaire.

SECTION III. — ÉTUDE PARTICULIÈRE DES ACTIONS ET AUTRES MOYENS DE SANCTION

Division de la section III. — Nous diviserons la section III en trois chapitres :

Chapitre Ier. — Des actions.
Chapitre II. — Des interdits.
Chapitre III. — De l'*in integrum restitutio*.

CHAPITRE PREMIER. — DES ACTIONS.

Différentes acceptions du mot « action ». — Le mot action est pris dans trois sens différents :

1° Action signifie recours, faculté d'exercer son droit en justice.

2° Action s'entend de la mise en œuvre de ce recours.

3° Action veut dire la façon d'agir en justice, la forme dans laquelle le recours devait être exercé.

Division des actions. — Pour étudier la matière des actions nous diviserons le chapitre Ier en deux paragraphes :

§ 1. — Classification générale des actions.
§ 2. — Etude particulière des principales actions.

§ 1. — Classification générale des actions.

1re Classification : Actions réelles et personnelles. — *Définition.* — L'action réelle est celle qui sanctionne un droit réel ; l'action personnelle est celle qui sanctionne un droit de créance.

Intérêts pratiques. — Les intérêts de cette distinction sont très nombreux. Nous n'en indiquerons que les principaux.

1° L'action réelle ne comporte pas de *demonstratio*, comme la plupart des actions personnelles.

2° Dans l'*intentio* de l'action réelle le nom du défendeur ne figure pas comme dans l'*intentio* de l'action réelle.

3° Toutes les actions réelles sont arbitraires ; les actions personnelles ne sont arbitraires que par exception.

4° Dans l'action réelle, le défendeur doit fournir au demandeur une garantie qui a varié suivant les systèmes de procédure : *prædes litis et vindiciarum*, *cautio pro præde litis et vindiciarum*, ou *cautio judicatum solvi*. Pas de garantie semblable dans l'action personnelle.

2e Classification : Actions civiles et actions honoraires ou prétoriennes. — *Définition.* — L'action civile est celle qui a été créée par le droit civil, tandis que l'action honoraire ou prétorienne est celle qui a été créée par le magistrat, généralement le Préteur.

Combinaison des deux classifications. — Ces deux classifications se combinaient. Il y avait des actions réelles civiles, réelles prétoriennes, des actions personnelles civiles, personnelles prétoriennes.

Enumération. — Citons les actions réelles civiles :

1° *Rei vindicatio* ;
2° Action confessoire ;
3° Action négatoire ;
4° *Petitio hereditatis.*

Citons les actions réelles prétoriennes :

1° Action publicienne ;
2° Action servienne ;
3° Action quasi servienne ou hypothécaire ;
4° *Petitio hereditatis possessoria.*

Moyens que le Préteur pouvait employer pour sanctionner un droit nouveau — Pour sanctionner un droit nouveau le Préteur pouvait employer plusieurs procédés :

1° Donner une action utile ;
2° Donner une action fictice ;
3° Créer une action *in factum*.
4° Faire naître entre les deux parties une stipulation, comme au cas de *cautio usufructuaria*

3ᵉ Classification : Actions in jus, actions in factum. — *Définition*. — L'action *in jus* est celle qui a pour but de sanctionner un droit reconnu par le droit civil. L'action *in factum* est une action créée de toute pièce par le Préteur pour sanctionner un rapport de droit qui n'était pas reconnu par le droit civil.

Intérêt pratique. — 1° L'action *in jus* a son *intentio* rédigée *in jus* ; l'action *in factum* a son *intentio* rédigée *in factum* ;

2° L'office du juge dans une action *in jus* est de rechercher si le droit invoqué par le demandeur existait réellement. Dans l'action *in factum* son office se bornait à vérifier si tel fait s'était produit ou non.

4ᵉ Classification : Actions directes, actions utiles et actions fictices. — L'action directe est celle qui était donnée lorsque toutes les conditions requises pour son exercice étaient réunies.

L'action utile était celle qui était donnée par voie d'extension de l'action directe, pour raison d'utilité pratique, *utilitatis causa*, au cas où l'une des conditions d'application de l'action directe n'était pas réalisée.

L'action fictice était celle qui était donnée, également par extension de l'action directe, mais par le moyen d'une fiction, par laquelle on supposait accomplie la condition d'exercice de l'action directe. Exemple : l'action publicienne.

5ᵉ Classification : Actions arbitraires et non arbitraires. — *Définition*. — Une action arbitraire est celle dont la formule contient la *clausula arbitraria* autorisant le juge à inviter le défendeur à procurer au demandeur une certaine satisfaction consistant généralement dans la restitution ou l'exhibition de la chose réclamée. Si le défendeur se conforme à cette invitation, il doit être absous. S'il ne s'y conforme pas, il doit être condamné à une somme d'argent fixée par le demandeur lui-même sous la foi du serment (*quantum in litem juraverit actor*).

Critérium. — Ainsi que nous l'avons dit déjà, toutes les actions réelles sont arbitraires tandis que certaines actions personnelles seulement sont arbitraires. Telles sont : l'action *de dolo*, l'action *quod metus causa*, l'action paulienne.

De l'exécution de l'arbitrium. — Lorsque le défendeur n'exécutait pas volontairement l'*arbitrium judicis* pouvait on l'y contraindre *manu militari* ? L'opinion affirmative paraît résulter d'un texte souvent cité d'Ulpien (L. 68 *de rei vind.*). Mais les auteurs modernes sont d'accord pour admettre une solution opposée. L'*arbitrium judicis* était une simple invitation et ne comportait aucun moyen de rigueur. Le défendeur ne courait d'autre risque que de se voir condamné à une somme très forte, arbitrée par le demandeur lui même Quant au texte d'Ulpien il a été manifestement interpolé par Justinien.

6e Classification : Actions de droit strict et actions de bonne foi. — *Définition.* — Les actions de droit strict sont celles dans lesquelles le juge est lié par les termes mêmes du contrat : il doit s'y tenir d'une façon rigoureuse, sans pouvoir faire prévaloir sur eux des considérations tirées de l'équité ou de l'intention probable des parties contractantes.

Les actions de bonne foi sont, au contraire, celles qui laissent au juge un pouvoir d'appréciation très large et dans lesquelles dominent les considérations tirées de l'équité et de la bonne foi.

Cette distinction n'est qu'une subdivision des actions personnelles dérivant des contrats ou des quasi-contrats. Elle est étrangère aux actions réelles et aux actions pénales.

Critérium. — Le critérium est facile à indiquer. Tout contrat unilatéral engendre une action de droit strict ; tout contrat synallagmatique, parfait ou imparfait, engendre une action de bonne foi.

Intérêts pratiques — Cette distinction présente de nombreux intérêts pratiques

1° Toutes les exceptions basées sur l'équité, notamment l'exception de dol, sont sous entendues dans les actions de bonne foi. Le défendeur peut les invoquer devant le juge sans que la formule y fasse mention ; les mots *ex bona fide* qui s'y trouvent en tiennent lieu. Au contraire, dans une action de droit strict, le juge ne peut tenir compte d'une semblable exception que si elle a été insérée dans la formule,

2° Les intérêts moratoires et les fruits de la chose due sont exigibles à partir de la *mora* dans les contrats de bonne foi au contraire, dans les contrats de droit strict les intérêts ne sont dus ni *ex mora*, ni *ex lite contestata* et les fruits ne sont dus que *ex lite contestata*.

3° Dans les contrats de bonne foi, le débiteur répond de sa

faute *in committendo* comme de la faute *in omittendo*. Dans les contrats de droit strict, il ne répond que de la *culpa in committendo*.

§ 2. — Etude particulière de certaines actions.

Enumération. — Nous ferons l'étude particulière des actions suivantes :

1° Action en revendication.

2° Action publicienne.

3° Action confessoire et négatoire.

4° Action en pétition d'hérédité.

a) *Action en revendication*.

Définition. — La revendication (*rei vindicatio*) est une action par laquelle une personne, qui se prétend propriétaire quiritaire d'une chose déterminée, veut faire reconnaître son droit en justice à l'encontre de celui qui l'a en sa possession.

Caractères juridiques. — C'est une action réelle, donc arbitraire, civile, donc *in jus*.

Qui peut l'exercer ? — L'action en revendication peut être exercée par toute personne qui se prétend propriétaire quiritaire d'une chose et qui n'en a pas la possession

Contre qui peut-elle être exercée ? — Elle peut être exercée :

1° Contre le possesseur proprement dit ;

2° Contre le simple détenteur ;

3° Contre les *ficti possessores* (possesseurs fictifs). On appelait ainsi certaines personnes qui étaient considérées comme possesseurs, quoique n'ayant pas réellement la chose en leur possession. *a*) Celui qui a cessé de posséder par dol, pour se soustraire à la revendication. *b*) Celui qui, pour masquer le véritable possesseur, et lui permettre d'arriver tranquillement à l'usucapion, s'est présenté comme étant véritable possesseur, quoique ne l'étant pas (*sese obtulit liti*).

Procédure. — *Trois phases successives*. — La revendication a passé par trois phases successives : le *sacramentum in rem*, la procédure *per sponsionem* et la procédure *per formulam petitoriam*.

Sacramentum in rem. — Nous ne reproduirons pas ici les détails de cette procédure. Nous rappellerons seulement :

1° Que le procès affectait la forme d'un pari engagé entre le demandeur et le défendeur ;

2° Que la partie à laquelle était confiée la possession intérimaire de la chose revendiquée devait fournir à l'autre partie une caution pour garantir la restitution de la chose revendiquée et de ses accessoires (*prædes litis et vindiciarum*).

Procédure per sponsionem. — Le demandeur stipulait du défendeur une somme d'argent dans le cas où il serait reconnu propriétaire de la chose revendiquée. Puis, il réclamait en justice le montant de cette *sponsio*. La question soumise directement au juge n'était pas la question de savoir si le demandeur était propriétaire mais si la somme stipulée était due ou non. C'était indirectement seulement que le juge avait à trancher la question de propriété. C'était encore, par mesure de transition, la procédure par le pari (Gaius, C. III, 93 à 95). Le défendeur, qui gardait la possession intérimaire de la chose revendiquée, devait fournir au demandeur comme garantie de sa conservation et de sa restitution une caution qu'on appelait *pro præde litis et vindiciarum*.

Procédure per formulam petitoriam. - C'est la forme définitive et perfectionnée de procédure, qui consiste à saisir directement le juge de la question de propriété, sans biais ni détour d'aucune sorte (1).

Le défendeur doit fournir au demandeur comme garantie la *cautio judicatum solvi*. Il s'engage, avec des fidéjusseurs : 1° *de re defendenda*, à ne pas faire défaut ; 2° *de dolo malo*, à ne pas commettre de dol ; 3° *judicatum solvi*, à exécuter la sentence.

Office du juge — Le juge après avoir examiné la prétention du demandeur devait absoudre le défendeur si la preuve de la propriété n'avait pas été rapportée.

Dans le cas où le demandeur avait établi son droit de propriété, le juge devait rendre un *arbitrium* par lequel il invitait le défendeur à restituer la chose revendiquée.

Si le défendeur restituait, il était absous.

S'il ne restituait pas par dol ou mauvaise volonté, il était condamné à une somme d'argent fixée par le demandeur sous la foi du serment.

(1) La formule était la suivante : « *Titius judex esto. Si paret servum Stichum ex jure quiritium A° A° esse, nisi restituatur, quanti ea res erit N^m N^m A° A° condemna, si non paret absolve.* » Gaius, C. IV, 91 et 92.

b) *Action publicienne.*

Définition. — L'action publicienne est une action par laquelle une personne, qui a perdu la possession d'une chose qu'elle était en train d'usucaper avant la fin du délai d'usucapion, veut se faire remettre en possession de cette chose.

Caractères juridiques. — C'est une action réelle, donc arbitraire, prétorienne, et cependant *in jus*, parce qu'elle était *fictice*.

La fiction consistait à supposer accompli le délai de l'usucapion, alors qu'il ne l'était pas.

Formule — La formule de la publicienne paraît avoir été ainsi conçue : « *Si quem hominem A^us A^us emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure quiritium esse oporterit, neque eum N^us N^us restitueret, quanti ea res erit tantam pecuniam N^um N^um A^o A^o condemna ; si non paret absolve* » (1).

Qui peut l'exercer ? — L'action publicienne pouvait être exercée :

1° Par le propriétaire bonitaire ;

2° Par la personne qui a acquis la chose de bonne foi *a non domino* ;

3° Par le propriétaire quiritaire lui-même pourvu qu'il ait eu la possession de la chose et qu'il l'ait perdue L'action publicienne était plus facile à exercer que la revendication, parce que le demandeur n'avait pas à prouver son droit de propriété.

Contre qui peut-elle être exercée ? – *Propriétaire quiritaire.* — L'action publicienne ne peut pas, en principe, être exercée contre le propriétaire quiritaire. Celui-ci y faisait échec en opposant son droit de propriété, *exceptio justi dominii*.

Dans un seul cas, il en était autrement. C'était le cas de vente et de tradition d'une *res mancipi*. En effet, à l'*exceptio justi dominii* le défendeur répliquait victorieusement en invoquant la tradition et la vente (*replicatio rei venditæ et traditæ*).

Propriété bonitaire et possesseur de bonne foi. — Lorsque le demandeur est propriétaire bonitaire et le défendeur possesseur de bonne foi, il triomphait dans l'exercice de l action

Conflit entre deux possesseurs de bonne foi. — Lorsque le demandeur et le défendeur étaient tous deux possesseurs de bonne

(1) Keller, *De la procédure civile des actions*, trad. Capmas, p. 127.

foi, il fallait distinguer : s'ils tenaient la chose du même auteur, le premier en date l'emportait. S'ils tenaient la chose de deux auteurs différents, on préférait celui qui était en possession, en vertu de la règle *in pari causa melior est causa possidentis.*

c) *Actions confessoire et négatoire.*

Action confessoire. — C'est une action réelle par laquelle une personne veut faire reconnaître qu'elle a une servitude prédiale ou personnelle sur un bien déterminé.

Action négatoire. — C'est le contrepied de la précédente. C'est l'action par laquelle un propriétaire veut faire reconnaître que son fonds est libre de toute servitude.

d) *Pétition d'hérédité.*

Définition. — C'est une action par laquelle une personne qui se prétend héritier du droit civil, veut faire reconnaître son titre en justice et se faire mettre en possession d'une succession ou d'un bien héréditaire déterminé

Caractères — C'est une action réelle, donc arbitraire ; une action civile, donc *in jus*. A ces deux points de vue elle ressemble à la *rei vindicatio*. Elle en diffère à deux points de vue :

1° Elle porte sur une universalité juridique, tandis que la *rei vindicatio* a pour objet un bien déterminé ;

2° Elle tend à établir chez le demandeur la qualité d'héritier, tandis que la *rei vindicatio* a pour objet le droit de propriété.

Qui peut l'exercer ? — Cette action peut être exercée par toute personne qui se prétend héritier d'une succession et qui n'en a pas la possession.

Contre qui elle peut être exercée. — Cette action peut être exercée : 1° contre celui qui possède un bien de la succession *pro herede,* c'est-à-dire en se prétendant lui-même héritier ; 2° contre celui qui possède *pro possessore*, c'est-à-dire sans titre juridique, et qui, interrogé sur la cause de sa possession, ne peut que répondre : je possède, parce que je possède (1).

Sénatus-consulte Juventien. — Le sénatus-consulte Juventien rendu sous Hadrien, en l'an 129 de notre ère, a eu pour objet de déterminer le montant des restitutions qui pouvaient être ordon-

(1) Cela paraît peu juridique. On l'expliquait en disant qu'il était plus commode pour le demandeur d'intenter la pétition d'hérédité que la *rei vindicatio* parce qu'ainsi il n'avait pas à faire la preuve du droit de propriété, mais simplement à démontrer sa qualité d'héritier.

nées contre le défendeur dans l'intérêt de l'héritier. Il distingue suivant que le défendeur est de bonne foi ou de mauvaise foi.

Le possesseur de bonne foi ne doit rendre que ce dont il s'est enrichi ; en ce qui concerne les fruits, il garde les fruits consommés, mais il doit restituer les fruits *exstantes* (non consommés).

Le possesseur de mauvaise foi doit rendre tout ce qu'il a recueilli, qu'il en ait profité ou non ; et quant aux fruits il doit rendre tous ceux qu'il a perçus, consommés ou non, et même ceux qu'il a négligé de percevoir.

CHAPITRE II. — DES INTERDITS.

Définition. — Un interdit est un ordre que le magistrat donne à une personne, à la requête d'une autre personne, de faire ou de ne pas faire quelque chose

Procédure. — L'interdit était délivré par le magistrat sans examen des faits, sous la condition que l'on se trouvait réellement dans le cas prévu par l'Edit pour sa délivrance. Et alors, de deux choses l'une : ou bien, l'ordre du Préteur était respecté. Tout était terminé par là. Ou bien, au contraire, le défendeur prétendait que l'ordre avait été délivré irrégulièrement, et alors il y avait organisation d'une instance pour terminer la contestation sur ce point.

Classification des interdits. — On classe les interdits de plusieurs façons :

1° Les interdits exhibitoires, restitutoires ou prohibitoires ;

2° Les interdits profanes ou sacrés ;

3° Les interdits relatifs à la propriété ou les interdits possessoires.

Des interdits possessoires. — *Définition.* — Les interdits possessoires sont ceux qui ont pour objet la protection de la possession.

Distinction. — On en distinguait quatre sortes :

1° Les interdits *adipiscendæ possessionis causa* ;

2° Les interdits *retinendæ possessionis causa* ;

3° Les interdits *recuperandæ possessionis causa* ;

4° Les interdits *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis causa*.

Interdits adipiscendæ possessionis causa. — *Définition.* — Ce sont ceux qui ont pour objet de faire acquérir la possession.

Enumération. —Les deux principaux étaient l'interdit *quorum bonorum* et l'interdit Salvien.

Interdit quorum bonorum. — C'était celui qui était donné au *bonorum possessor* pour se mettre en possession de l'hérédité.

Interdit Salvien. — Il est accordé au propriétaire d'un fonds rural pour se mettre en possession des meubles apportés par le fermier dans la ferme et qu'il avait affectés à la garantie du fermage.

Interdits retinendæ possessionis causa. — *Définition*. — Ce sont ceux qui ont pour objet de protéger le possesseur contre les troubles que des tiers pouvaient apporter à la possession.

Enumération. — C'étaient l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles et l'interdit *utrubi* pour les meubles. Il y avait entre eux cette différence essentielle, que sur l'interdit *uti possidetis* celui-là triomphait qui possédait au moment de la délivrance de l'interdit, tandis que, dans l'interdit *utrubi*, c'était celui qui avait possédé le plus longtemps dans l'année précédente.

Interdits recuperandæ possessionis causa. — *Définition*. — C'étaient ceux qui tendaient à faire recouvrer la possession perdue.

Enumération. — Ils étaient au nombre de trois : l'interdit *unde vi*, *de precario* et *de clandestina possessione*.

Interdit unde vi. — Il supposait que le possesseur d'un immeuble avait été expulsé par violence et il avait pour objet de le remettre en possession avec indemnité.

Interdit de precario. — Il était donné à celui qui avait concédé un bien, à titre gratuit, jusqu'à première réquisition pour se le faire restituer.

Interdit de clandestina possessione. — On n'a sur cet interdit aucun renseignement précis

Interdits tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis causa. — *Définition*. — Ils ont pour but, tantôt de vous faire acquérir, tantôt de vous faire recouvrer la possession.

Enumération. — C'étaient les interdits *quem fundum*, *quem usumfructum*, *quam hereditatem*.

Nous avons vu que dans toute action réelle, le défendeur devait fournir au demandeur la *cautio judicatum solvi*. Lorsqu'il s'y refusait, le demandeur pouvait à l'aide d'un de ces interdits se faire mettre en possession et alors les rôles étaient intervertis ; le demandeur devenait défendeur et inversement.

CHAPITRE III. — DE L'IN INTEGRUM RESTITUTIO.

Définition. — La *restitutio in integrum* est un moyen prétorien qui a pour objet de faire considérer comme non avenu un acte valable d'après le droit civil et de remettre les choses dans l'état antérieur à l'acte.

Raison d'être. — Le but de ce moyen de procédure était d'éviter à une personne le préjudice qui pouvait résulter pour elle de l'application rigoureuse des principes du droit civil.

Cas d'application. — Les cas d'*in integrum restitutio* étaient les suivants :

1° L'*âge* (*ob ætatem*), pour les mineurs de vingt-cinq ans, en raison des actes accomplis par eux, par leurs tuteurs ou curateurs, lorsqu'ils leur causaient une lésion.

2° L'*absence* Lorsque, par suite de son éloignement, une personne a perdu un droit qui lui appartenait, faute de l'exercer en temps utile.

3° L'*erreur*, le *dol* ou la *violence*, ayant vicié le consentement dans un acte juridique.

4° La *deminutio capitis*, qui éteignait les obligations dans le droit primitif au préjudice des créanciers.

5° La *fraus creditorum*, par laquelle, au détriment de ses créanciers un débiteur se rendait insolvable.

Conditions d'exercice. — *Enumération*. — Elles sont au nombre de trois :

1° L'existence d'un préjudice sérieux ;

2° L'absence de tout autre moyen de recours ;

3° L'exercice dans un certain délai.

1° *Existence d'un préjudice sérieux*. — C'est ce qu'on exprime par cette formule restée classique : « *de minimis non curat prætor* » (Le Préteur ne s'occupe pas des choses de peu d'importance).

2° *Absence de tout autre moyen de recours*. — L'*in integrum restitutio* était accordée par le Préteur à défaut de tout autre moyen de recours normal.

3° *Délai*. — Ce délai fut d'une année utile (1), à l'époque classique et de quatre années continues sous Justinien.

(1) L'année utile était celle qui ne comprenait que les jours où une instance en justice pouvait être exercée.

Effets. — *Deux procédés possibles.* — Le Préteur pouvait opérer de deux façons :

1er *Procédé.* — Le Préteur pouvait annuler l'acte : puis, cette nullité prononcée, en tirer lui-même toutes les conséquences pratiques. Ainsi, un mineur vend un bien au dessous de son prix normal. Le Préteur annule la vente en faveur du mineur, et ordonne à l'acheteur de restituer le bien et au mineur de rendre le prix.

2e *Procédé.* — Le Préteur pouvait annuler l'acte purement et simplement. Puis, laisser à l'intéressé lui-même le soin de tirer de cette nullité toutes les conséquences qui pouvaient en découler.

Ainsi, il annule la vente, et restitue au vendeur son action en revendication. Mais alors il faudra que le vendeur intente cette action pour reprendre son bien.

Quelques dates pour l'étude du Droit Romain.

	U. C.	Av. J. C.
1. Fondation de Rome	1	753
2. Chute des rois. Avènement de la République	244	451
3. Rédaction de la loi des Douze Tables	305	510
4. Admission des plébéiens au consulat et création du préteur (*Lois liciniennes*)	387	367
5. Etablissement du préteur pérégrin	512	247
6. Loi *Æbutia* (début de la procédure formulaire) . . . . date incertaine entre 605 et	628 U. C.) [1]	
7. *Leges juliæ judiciariæ* (sous Auguste) (établissement définitif de la procédure formulaire)	737	17
	Après J. C.	
8. Epoque classique (au sens large), d'Auguste à la mort d'Alexandre Sévère. . . . . 29 av. J. C.	235 apr. J. C.	
Epoque classique (au sens étroit), d'Hadrien à la mort d'Alexandre Sévère	117-235	
9. Bas-Empire	235-565	
10. Dioclétien	284-305	
11. Constantin	325-337	
12. Justinien, empereur	527-565	

(1) Girard, *Manuel élémentaire de Droit romain*, p. 966.

Recueil méthodique des principales questions d'examen

Introduction. — Qu'est-ce que le Droit Romain ? Comment peut-on diviser son histoire ? Quelle est la principale distinction des sources du droit écrit à Rome ? Qu'est-ce que le droit civil opposé au droit honoraire ? Quelles en sont les différentes sources ? Quelles sont les différentes lois ? Qu'est ce qu'une loi curiate ? une loi centuriate ? Qu'est-ce que la loi des XII tables ? A quelle époque a-t elle été promulguée ? Comment a-t elle été rédigée ? Quel est le caractère de cette législation ? Avons-nous le document original ? Qu'est ce qu'un plébiscite ? Quelle loi l'a rendu obligatoire pour tous ? — Qu'est-ce qu'un sénatus consulte ? Qu'est ce que l'*oratio principis* ? A quelle époque le Sénat acquiert-il le pouvoir législatif ? Comment l'a-t il obtenu ? Qu'est-ce qu'une constitution impériale ? Quelles en sont les différentes variétés ? — Qu'est-ce qu'une réponse de prudents ? Quelles étaient les fonctions des prudents à Rome ? A partir de quel moment ont ils eu un caractère officiel ? Qu'est ce que la loi des citations ? Quels sont les cinq jurisconsultes qu'elle visait ? Quelles sont les deux écoles de jurisconsultes sous Auguste ? Quel est le chef des Proculiens ? le chef des Sabiniens ? Quelle est la tendance générale des deux écoles ? — Qu'est-ce que le droit honoraire ? A quelle époque a été créée la préture ? A quelle époque le préteur a-t-il commencé à exercer son influence sur la législation romaine ? Quelle forme de procédure a favorisé cette influence ? Quel fut le triple objet du rôle du préteur ? Par quel procédé put-il le remplir ? Pouvait-il heurter de front le droit civil ? Qu'est-ce que l'édit perpétuel de Julien ? Nous est-il parvenu ? A quelle époque Justinien monte sur le trône et meurt ? Quelles ont été ses compilations ? Qu'est-ce que le Code ? le Digeste ? les Institutes ? Quel ouvrage a servi de modèle à ce dernier ? A quelle époque vivait Gaius ? Quand, où, par qui a été découvert le manuscrit de Gaius ?

Première partie. — Les personnes. — *Préliminaires.* — Quels étaient les trois éléments de la personne ? Comment pouvait-on classer les personnes physiques à Rome ?

L'esclavage. — Quelle est son origine historique ? sa source en droit civil à l'époque primitive ? à l'époque classique ? Condition juridique de l'esclave. Quels tempéraments y ont été apportés ?



Affranchissement. — Quelles sont les formes solennelles de l'affranchissement ? Qu'est ce que la vindicte ? — Quel fut l'objet de la loi Ælia Sentia ? Qu'est-ce que la loi Fufia Caninia ? — Quelle est la condition de l'affranchi au point de vue social ? Quelles obligations lui incombent à l'égard de son ancien maître ? — Qu'est ce que le latin Junien ? Quelle est sa condition ? — Comment l'affranchi peut devenir ingénu ?

Le droit de cité. — Quand naît-on citoyen ? Comment on peut le devenir ? Qu'est-ce que l'édit de Caracalla ? Quelle est sa date ? Quel fut son but ? Qu'est-ce que le *connubium* ? le *commercium* ? — Quelle est la condition des latins *veteres* ? Celle des latins coloniaires ?

Organisation de la famille. — Quel est le caractère de la famille à Rome ? Comment s'appelle la parenté civile ? Comment elle s'établit ? Quel est le cercle de la famille ? Quelles personnes en font partie ? La mère en est-elle toujours membre ? Qu'est-ce qu'on entend par héritiers siens ? par agnats ? Qu'est ce que la *gens* ?

Puissance paternelle. — Quels caractères elle présente ? Est-ce un pouvoir de protection comme aujourd'hui ? Conséquences qui en résultaient ? Quels étaient les pouvoirs du père sur ses enfants ? L'enfant pouvait-il avoir des biens ? Quels tempéraments furent apportés sur ce point dans la suite ? Qu'est-ce qu'un pécule profectice ? *castrens* ? *quasi castrens* ? adventice ? — Qu'est-ce que l'émancipation ? A-t-elle le même caractère qu'aujourd'hui ? Quel tempérament fut apporté sur ce point au droit antérieur ? Parlez des formes de l'émancipation au début ?

Mariage. — Quelle évolution a subie le mariage à Rome ? Comment s'acquérait la *manus* ? Pour le mariage sans *manus* y avait-il des formes solennelles ? Le consentement des parents était-il nécessaire comme aujourd'hui ? Quel était son caractère différent ? — Qu'est-ce que le *connubium* ? Quelles personnes en étaient privées d'une façon absolue ? Quelle était la condition juridique de la femme dans le mariage avec *manus* ? dans le mariage sans *manus* ? — Le divorce a-t-il toujours été pratiqué à Rome ? Depuis quelle époque est-il très usité ? Montrez la différence qui existait sur ce point entre le droit romain et le droit français ? Quelles ont été les réformes d'Auguste en cette matière ? Le droit chrétien a-t-il aboli le divorce ? — Qu'est ce que le concubinat ? Comment le distinguer du mariage ? Quelle est la condition des enfants nés du concubinat ?

Légitimation. — Qu'est-ce que c'est ? A quelle époque elle apparaît ? Est-elle connue à l'époque classique ? Quels étaient les trois procédés de légitimation ? A quelle condition le mariage subséquent opère-t-il légitimation sous Justinien ? Qu'est ce que l'oblation à la curie ? Expliquez la raison d'être de cette institution ?

Adoption. — Combien y a-t-il d'espèces d'adoption ? Qu'est-ce que l'adrogation ? l'adoption proprement dite ? Comment se faisait l'adrogation au début ? Pourquoi les pontifes ? Pourquoi les comices ?

Par quoi remplaça t-on plus tard les comices ? Sous le Bas-Empire comment se faisait l'adrogation ? Comment se faisait l adoption à l'époque classique ? Pourquoi d abord une ou trois ventes de l enfant ? Sous Justinien comment se faisait l'adoption ? Qui pouvait adopter ou adroger ? Quelle différence d'âge devait exister entre l adoptant et l'adopté ? Un impubère peut-il être adrogé ? Pourquoi non ? Qui l autorisa ? Avec quelles précautions ? Quel effet produisait l'adrogation ? Quel effet produisait l'adoption avant Justinien ? A quel danger dès lors était exposé l'adopté ? Quelles ont été sur ce point les réformes de Justinien ?

Tutelle des impubères. — Quels impubères sont en tutelle ? Pourquoi pas les *alieni juris* ? Quelle évolution a subie cette institution ? Comment s'appelait l'impubère en tutelle ? Qu'est-ce que la tutelle testamentaire ? qui pouvait l'organiser ? Quel était le principe de la tutelle légitime ? Quelles applications en avaient été faites ? A quelle époque apparait la tutelle dative ? — Quelle était la fonction du tuteur ? s'occupe t-elle de la personne du pupille ? Pourquoi non ? En ce qui concerne son patrimoine en quoi consiste sa fonction ? Qu'est-ce que l'*auctoritas* du tuteur ? Comment elle est donnée ? Quelles sont ses formes ? A quel âge le pupille pouvait-il agir avec l *auctoritas* du tuteur ? En la personne de qui l'acte produisait ses effets ? Qu'est ce que la *negotiorum gestio* ? Qui devenait alors créancier,débiteur ou propriétaire ? Le tuteur avait-il toujours le choix entre ces deux procédés ? Le tuteur pouvait-il aliéner les biens du pupille ? Quel tempérament y apporta le préteur ? Qu'est-ce que l'*Oratio Severi* ? sa date ? Qu est-ce qu'elle décide ? Quelle extension lui donna Constantin ? — Quelle est l'étendue de l incapacité du pupille ? Lorsqu'il n'est plus *infans*, quels actes peut-il faire ? quels actes ne peut-il pas faire ? Qu'est-ce que rendre sa condition meilleure ? pire ? Le pupille pouvait-il recevoir un paiement seul ? - Quelles actions avait le pupille contre le tuteur à la fin de la tutelle ? Quelle garantie assure le respect des droits du pupille ?

Curatelle des fous. — Combien y avait il d'espèces de fous à Rome ? Qu'est-ce que le *furiosus* ? le *mente captus* ? Quelle était l'incapacité du fou ? Comparez avec le droit français. Quelle solution est plus pratique ?

Curatelle des prodigues. — Qu'est-ce qu'un prodigue, d'après le droit primitif ? d après le droit prétorien ? Quel était l acte qui le plaçait en curatelle ? de qui il émanait ? avant la préture ? Etendue de l'incapacité du prodigue.

Curatelle du mineur de 25 ans. — Qui appelle-t-on ainsi ? Différence avec le droit français ? Quelles sont les trois périodes de la vie au point de vue de la capacité ? Quelle fut la première mesure de protection en faveur du mineur ? Avant cette loi quelle est la condition du mineur ? Comment expliquer cette absence de protection ? Quelle est la date de cette loi ? Quelles sont ses dispositions ? L'acte est-il

nul ? Que fit à son tour le préteur ? En quoi sa protection est elle plus étendue ? Quelle réforme est attribuée à Marc Aurele ? Est ce qu'il imposa cette curatelle à tous les mineurs ? A partir de Dioclétien, comment divise t on les mineurs ? Quelle est la capacité des mineurs qui n ont pas de curateur ? — Qu est ce que le *consensus curatoris* ? En quoi il ressemble à l'*auctoritas tutoris* ? En quoi il en diffère ? Qu est-ce que la *venia ætatis* ? Par qui a-t elle été créée ? A quelles conditions est-elle obtenue ? Quels en sont les effets ? Quelle différence existe entre le mineur bénéficiant de la *venia ætatis* et un majeur de 25 ans ? — Quelle ressemblance existe entre la tutelle et la curatelle ? Quelles différences ?

Deuxième partie. — Les biens. — *Classification des biens.* — Quelles choses sont *mancipi* ? *nec mancipi* ? Quels intérêts pratiques présente cette distinction ? — Qu'est-ce qu'une chose corporelle ? incorporelle ? Quel intérêt pratique en résulte ? Quel droit est considéré comme chose corporelle ? Pourquoi ? — Qu'est-ce qu'un fonds italique ? provincial ? Quelle différence existe entre les uns et les autres ? Qu est-ce que le *jus italicum* ? — Qu'est-ce qu'un droit réel ? un droit de créance ? Quels sont les droits réels civils ? les droits réels prétoriens ?

La propriété. — Qu'est-ce que la propriété quiritaire ? Quels sont ses caractères ? Qu'est-ce que la propriété bonitaire ? Quel est le cas originaire de propriété bonitaire ? Quels sont les autres cas ?

La possession — Qu'est-ce que la possession ? Quelle différence avec la propriété ? Quels sont ses deux éléments ? Qu'est-ce que la détention ? — Comment s'acquiert la possession ? Peut-on l'acquérir par une personne étrangère ? Comment elle se perd ? — Comment elle est protégée ? Quels sont les interdits pour conserver la possession des immeubles ? des meubles ? Quelle différence entre eux ? — Comment expliquer la protection de la possession d après de Ihering ? d'après Savigny ?

Acquisition de la propriété. — Différence essentielle entre le droit romain et le droit français ? — Qu'est ce que la *mancipatio* ? A quels biens elle s'applique ? Quelles sont ses formalités ? — Qu'est-ce que l'*in jure cessio* ? Comment elle s'opère ? A quels biens elle s'applique ? — Qu'est ce que la tradition ? A quelles conditions elle opère le transfert de propriété ? Qu'est ce que la tradition de longue main ? de brève main ? Qu'est-ce que le constitut possessoire ? Quelle est son importance historique ? Qu'est-ce que la *justa causa* dans la tradition ? Doit-on la confondre avec l acte juridique qui précède la tradition ? A quels objets s'applique la tradition ? — Qu est-ce que l'usucapion ? Quels étaient ses deux cas d application pratique ? Comment peut-on justifier cette institution ? Quelles sont les conditions de l usucapion à l'époque classique ? Quel est le délai ? Qu est-ce que le juste titre ? Quelle différence avec la *justa causa traditionis* ? Qu'est-ce que la bonne foi ? Est-elle toujours requise ? Quand doit-elle exister ? Quels biens ne sont pas susceptibles d'usucapion ? En quoi consiste le vice de furtivité ?

Qu'est-ce que l'*usucapio pro herede* ? Qui pouvait invoquer l'usucapion ? — Qu'est-ce que la *præscriptio longi temporis* ? Par qui,et pourquoi elle a été établie ? Comment ? Est-ce qu'au début c'était un mode d'acquérir ? Quelles étaient ses conditions ? Quel effet produisait la *præscriptio* ? Quelles différences existaient entre l'usucapion et la *præscriptio* ? Que deviennent les deux institutions sous Justinien ? Quelle est celle qui survit ? Quel est le délai pour les meubles ?

Des servitudes reelles. — Qu'est-ce qu'en entend par là ? Quels en sont les caractères ? Quelle est la distinction fondamentale des servitudes réelles à Rome ? A quoi reconnaissait-on une servitude urbaine d'une servitude rurale ? Quels intérêts présentait cette distinction ? Citez des exemples de servitudes rurales ? Urbaines ? — Comment se constituaient les servitudes directement d'après le droit ancien ? L'usucapion était-elle possible ? et la tradition ? Comment pouvait se faire la *deductio* d'une servitude ? Etait-elle possible dans une tradition ? — Quelle a été la réforme essentielle du préteur quant à la constitution directe des servitudes ? Sur les fonds provinciaux comment pouvait se faire la constitution d'une servitude ? Quel était l'objet du pacte ? Celui de la stipulation ? En résultait-il un véritable droit réel ? Comment se constituaient les servitudes sous Justinien ? — Comment s'éteignent les servitudes ? Quelle différence quant au non-usage enre les servitudes urbaines et rurales ?

Des servitudes personnelles. — Qu'est-ce qu'on entend par là ? Quelles sont-elles ? Qu'est-ce que l'usufruit ? Quels en sont les caractères ? Qu'est-ce que le quasi usufruit ? Par qui fut il admis à Rome ? Quels étaient les droits de l'usufruitier ? Comment acquérait-il les fruits ? L'usufruitier est-il tenu à des obligations envers le nu propriétaire ? Quelle action avait contre lui le nu propriétaire pour la restitution de l'objet d'après le droit ancien ? Dans quels cas pouvait-il réclamer contre lui des dommages-intérêts ? Quelle a été la réforme capitale du préteur sur ce point ? Expliquer en quoi consiste la *cautio usufructuaria.*

Hypothèque. — Qu'est-ce que c'est ? Quelle est son origine historique ? Retracer les différentes phases de son évolution ? Quel est le premier cas dans lequel elle a été admise ? — Quelle était à Rome la source de l'hypotheque ? Citez des hypothèques légales. Quel effet produisait l'hypothèque ? Le créancier a-t il toujours eu le droit de vendre ? Dans la suite quelle clause fut interdite ? Quel était le vice essentiel du régime hypothécaire romain ?

Troisième partie. — Les obligations. — *Les contrats.* — Qu'est-ce qu'un contrat ? sa différence avec le pacte ? Comment s'est fait le développement historique des contrats ? Indiquez quel est le tableau des actes générateurs d'obligations à Rome ? Au point de vue du mode de formation du contrat comment divise-t on les contrats ? Qu'est-ce qu'un contrat de bonne foi ? Qu'est-ce qu'un contrat de droit strict ? Quel est le principal intérêt de cette distinction ?

Contrats formels. — Qu'est-ce qu'on entendait par là ? Quels étaient-ils ? Qu'est ce que le *nexum* ? Quel était son objet ? Quelle était sa rigueur d'exécution ? Qu'est-ce qu'un contrat *verbis* ? Quels étaient-ils ? Qu'est-ce que la stipulation ? Quelle fut sa forme originaire ? Quels étaient ses caractères ? — Qu'est-ce que le contrat *litteris* ? Comment il se forme ? Quelles étaient ses deux formes ? Quels étaient les caractères du contrat *litteris* ? sa sanction ? Qu'est-ce que la *querela non numeratæ pecuniæ* ? Quelle interversion de preuve avait-on admis sur ce point ?

Contrats réels. — Qu'est-ce qu'on entendait par là ? Quels étaient-ils ? Qu'est ce que le *mutuum* ? Quelle est son histoire ? Qu'est ce que le sénatus-consulte macédonin ? Pouvait-il y avoir prêt à intérêts à Rome ? De quoi résultait l'obligation d'intérêts ? Un simple pacte était-il suffisant ? Quel était le taux de l'intérêt à l'époque des XII tables ? A l'époque classique ? Sous Justinien ? — Qu'est-ce que le contrat de fiducie ? Comment il se formait ? Qu'est-ce que le commodat ? Quels sont ses caractères ? Comment il se formait ? Quelles obligations il entraînait pour le commodataire ? pour le commodant ? — Qu'est ce que le dépôt ? Quels sont ses caractères ? Comment il se forme ? Quelles obligations il entraîne ? Qu'est-ce que le dépôt irrégulier ? En quoi il ressemble au *mutuum*, en quoi il en diffère ? — Qu'est-ce que le gage ? Comment il se forme ? Quelles obligations il engendre pour le créancier gagiste ? pour le débiteur ?

Contrats consensuels. — Qu'est ce qu'on entend par là ? Quels étaient-ils ? — Qu'est-ce que la vente ? Par quelles phases est-elle passée ? Comment le contrat se forme en droit classique ? Peut-elle porter sur la chose d'autrui ? Quels en sont les effets ? Quelles obligations incombaient au vendeur ? Le vendeur était il tenu de transférer la propriété de la chose vendue à l'acheteur ? Pourquoi non ? Faites l'histoire de la garantie contre l'éviction. A l'époque classique quelles actions avait l'acheteur évincé ? Quelles différences entre ces deux actions ? Faites l'historique de la garantie des vices cachés ? Quelles actions ont créées les Ediles ? — Quelles sont les obligations de l'acheteur ? — Qu'est-ce que le louage de choses ? Quelles obligations incombent au bailleur ? au preneur ? Dans le louage d'ouvrage, expliquer l'interversion de terme qui se produit. — Qu'est-ce que le contrat de société ? Quels en sont les caractères ? Quelles sont ses différentes variétés ? Quelles obligations en résultent pour les coassociés ? Quelles actions naissent de ce contrat ? — Qu'est-ce que le mandat ? Quels en sont les caractères ? Peut-il être salarié ? Au nom de qui le mandataire agit-il ? En la personne de qui l'acte produit ses effets ?

Contrats innommés. — Qu'est-ce qu'on entend par là ? Quelles en sont les différentes variétés ? Faites-en l'historique ? Quelles actions possède celui qui a exécuté la prestation qu'il avait promise ? N'y a-t-il pas aujourd'hui pour certains contrats une situation analogue ? Quels sont les principaux contrats innommés ? Qu'est ce que l'échange ?

Quelles différences existent entre la vente et l'échange ? Qu'est ce que le *precarium* ? En quoi ressemble-t il et diffère t-il du commodat ?

Des pactes. — Qu'est ce qu'un pacte ? En principe quelle est sa valeur ? Qu'est-ce qu'un pacte prétorien ? Enumérez les. Qu'est ce que le constitut ? Quelles sont ses conditions de formation ? Quelle action en résulte ? Qu'est ce que les *recepta* ? Quelles en sont les différentes variétés ? Qu'est-ce qu'un pacte légitime ? Quels sont-ils ? — Qu'est-ce qu'un pacte adjoint ? Quel effet il produit quand il est adjoint aussitôt à un contrat de bonne foi ? à un contrat de droit strict ? après un intervalle de temps ?

Contrats faits par un alieni juris. — Engagent-ils le *paterfamilias* ou le maître d'après le droit civil ? Que décida à ce sujet le préteur ? Quelles actions il créa pour sanctionner ces pactes ? Comment peut-on les grouper ? Entre les deux groupes quelle différence existe ?

Les délits privés — Quelle différence existe entre le délit privé et public ? Comment peut-on classer les délits privés ? Quels étaient les délits civils ? les délits prétoriens ? — Qu'est-ce que le *furtum* ? — Qu'entend on par *contrectatio* ? Différence avec le droit français. Comment était réprimé le vol manifeste sous la loi des XII tables ? Quelle a été la réforme du préteur ? Quelles actions naissent du vol ? Quelles différences existent entre elles ? A qui appartient l'*actio furtiva* ? Contre qui peut-elle être exercée ? — Quelles sont les actions civiles résultant du vol ? Quelle anomalie présentait la *condictio furtiva* ? Comment l'expliquait-on ? — Qu'est ce que l'*injuria* ? Comment était-elle punie sous la loi des XII tables ? Quelle fut la réforme du préteur ? Qu'est-ce que la loi Cornelia ? A quelle époque ? sa portée d'application ? Que fit en cette matière Justinien ?— Qu'est-ce que la loi Aquilia ? De quel article du code se rapproche cette loi ? En quoi diffèrent-ils ? Combien de chefs comportait-elle ? Quel était son second chef ? Qui nous l'a fait connaître ? Quel était l'objet du premier et du troisième chapitres ? Quel était le montant de la condamnation ? Quelles étaient les conditions de la faute Aquilienne ? Qu'est-ce que le *damnum injuria datum* ? Qu'est-ce que le *damnum corpore corpori datum* ? Qu'est-ce que la faute *in committendo* ? Quels caractères présentait l'*actio legis Aquiliæ* ? Pourquoi disait-on qu'elle était mixte ? Quelle extension fut donnée à la loi Aquilia ? — Qu'est-ce que le *dolus* ? Qui a réprimé le dol ? A quelle époque ? Comment expliquer que jusque-là il n'en avait pas été ainsi ? Quels caractères présente l'action *de dolo* ? Expliquez son caractère subsidiaire ? Indiquez ses conséquences ? Quelles différences existent entre l'*actio de dolo* et l'*actio quod metus causa* ?

Variæ causarum figuræ. — Qu'est-ce qu'on entend par là ? Est-ce que l'expression quasi-délit et quasi-contrat est romaine ? Qu'est-ce que la théorie de l'enrichissement sans cause ? Quelles actions la sanctionnaient ? Quelle différence existe entre le droit romain et le droit français au point de vue de la distinction des délits et des quasi-délits ?

Effets des obligations. — Qu'est-ce que la théorie des fautes ? Comment était elle résolue dans les contrats de bonne foi ? et dans les contrats de droit strict ? — Qu est ce que la question des risques ? Comment est-elle résolue ? Qu'est-ce que la *mora* du débiteur ? De quoi elle résultait ? La simple échéance du terme était-elle suffisante ? Quand y avait il *mora ipso facto* ? Quels effets produisait la *mora* quant aux risques ? quant aux intérêts ? quant aux fruits ? Qu'est-ce qu'une obligation naturelle ? Quelle en était la source ? Quels étaient ses effets ?

Extinction des obligations. — Qu'est-ce que le système du parallélisme ? Quand il a cessé de s'appliquer ? Qu'est ce qu'on entend par extinction opérant *ipso jure* ? *exceptionis ope* ? Citez des exemples ? Qu'est-ce que le paiement ? Qui peut payer ? A qui on peut payer ? Qu'est-ce que la dation en paiement ? Opère-t elle de plein droit ou à l'aide d'une exception ? — Qu'est-ce que la novation ? Quelle était sa forme particulière ? Pouvait-elle avoir lieu par changement d'objet ? Quel élément nouveau pouvait engendrer la novation ? L'intention de nover était-elle exigée à l'époque classique ? Gaius en parle t-il ? Pourquoi non ? Quelles innovations a réalisées Justinien sur ce point ? Qu est ce que la novation nécessaire ? Pourquoi l'appeler ainsi ? Quelles différences avec la novation volontaire ? — Qu'est ce que l'*acceptilatio* ? Comment se faisait-elle ? Quelle était sa double fonction ? Qu'est-ce que la formule Aquilienne ? Pourquoi l'appelait on ainsi ? Qu'est-ce que la compensation ? A-t-elle toujours été admise comme moyen d'extinction des dettes ? Dans quels cas seulement au début ? Parlez du cas de l'*argentarius*. Comparez avec le cas de l'*emptor honorum* ? A quelle condition avant Marc-Aurèle la compensation avait-elle lieu dans les contrats de bonne foi ? Quelle a été la réforme de Marc-Aurèle ? Quel était l'effet de l'exception de dol ? Quelles ont été les réformes de Justinien en matière de compensation ? « La compensation opère *ipso jure.* » Qu'est-ce que cela signifie ? — Qu'est-ce que le pacte de remise ? En quoi diffère-t-il de l'*acceptilatio* ?

Cession de créances. — Quels étaient les procédés indirects de cession ? Quel inconvénient présentait la novation ? En quoi consistait la *procuratio in rem suam* ? En quoi était-elle supérieure à la novation ? Quels étaient ses inconvénients ? Quelles réformes ont été réalisées sous l'Empire par Gordien ? et par Justinien ?

La corréalité. — Qu'est ce que la corréalité active ? Comment peut-elle résulter de la stipulation ? Quels droits elle confère aux créanciers ? Quels inconvénients elle présente ? Qu'est-ce que la corréalité active ? De quoi elle résulte ? Quels droits elle confère au créancier ? Quels inconvénients elle présentait ? En quoi différait-elle de la solidarité ? Comment pouvait-on les distinguer ?

Cautionnement. — Quelles ont été les deux formes primitives de cautionnement ? Quelle différence entre la *sponsio* et la *fidepromissio* ? Quelles étaient leurs règles communes ? Qu'est-ce que décide la loi

Furia ? la loi Apuleia ? la loi Cicereia ? — Qu'est-ce que la *fidejussio* ? Quelle était la condition juridique du fidéjusseur ? Quel tempérament fut apporté dans la suite à sa condition ? Qu'est ce que le bénéfice de cession d actions ? Qui l'inventa ? Quelle institution française en tire son origine ? Qu'est-ce que le bénéfice de division ? Qui l'a établi ? Comment opérait-il ? Qu'est ce que le bénéfice de discussion ? Qui l'a établi ? Comment à l'époque classique pouvait-on arriver indirectement à un résultat analogue ? Qu'est-ce que le *mandatum pecuniæ credendæ* ? Quelles différences existent entre ce contrat et la *fidejussio* ? — Qu'est-ce que le sénatus-consulte Velléien ? A quelle époque il fut institué ? Quelle était sa sanction ? Qu'arrivait-il lorsque la femme avait payé sans l'invoquer ? Quelle réforme réalisa Justinien ?

Quatrième partie. — Les successions. — *Généralites.* — Quel est le mode de transférer ses biens par décès qui avait la préférence des Romains ? Pouvait il y avoir cumul de la succession testamentaire et *ab intestat* ?

Succession ab intestat. — Comment elle était réglée par-les XII tables ? Quelle a été la réforme du préteur ? Comment appelle-t- on l'hérédité prétorienne ? Comment et par quel procédé il a pu sur ce point réformer la législation civile ? Quelles sont les différentes *bonorum possessiones ab intestat* ? Qu'est ce que la *collatio bonorum* ? La *collatio dotis profectitiæ* ?

Formes du testament. — Quelles ont été les formes du testament d'après le droit civil ? Qu'est ce que le testament comitial ? Quel autre acte se faisait dans la même forme ? Quel rôle y jouait d'abord le peuple ? Et plus tard ? - Qu'est ce que le testament *per æs et libram* primitif ? Quels inconvénient sil présentait ? Quelle amélioration il reçut plus tard ? Qu'est-ce que le testament nuncupatif ? Quelles sont les formes du testament prétorien ? Qu'est-ce que le testament tripartite ? Pourquoi l'appelle-t-on ainsi ?

Institution d'héritier. — Dans quelle forme elle devait avoir lieu ? A quelle place ? Quelles modalités pouvaient l'accompagner ? Qu'est ce qu'une substitution vulgaire ? pupillaire ? Qui peut faire un testament ? — Qui peut être institué héritier ? Peut-on instituer son esclave ? A quelle condition ? Peut-on instituer l'esclave d autrui ?

Liberté de tester. — A-t-elle toujours existé ? De quand date-t-elle ? Quelle première restriction y a été apportée ? L'exhérédation était-elle une restriction quant au fond ? Quelle garantie indirecte en résultait ? Qui devait être exhérédé d'après le droit civil ? Dans quelle forme ? Quelle était la sanction de l'omission ? Quelle a été sur ces différents points la réforme du préteur ? - Qu'est-ce que la *querela inofficiosi testamenti* ? Par qui a-t-elle été créée ? En quoi diffère t-elle de l'exhérédation ? Qui pouvait l'exercer ? A quelle condition ? Qu'est-ce que la légitime ? A-t-elle toujours été fixée au quart ? Quelles ont été les réformes de Justinien ?

Acquisition de l'hérédité. — Qu'est-ce qu'un héritier nécessaire ?

Comment acquérait-il l'hérédité ? Quelle était sa situation quant au paiement des dettes du défunt ? Quelle réforme a réalisée le préteur ? — Qu'est-ce que l'héritier sien et nécessaire ? Comment acquiert-il l'hérédité ? Quelle est sa situation quant au paiement des dettes héréditaires ? Quelle réforme y apporta le préteur ? — Qu'est ce que l'héritier externe ? Comment acquiert il l'hérédité ? Jusqu'à son adition quelle est la situation de la succession ? Quels inconvénients présentait la jacence de l'hérédité ? Comment y remédia t on ? Quel délai avait l'héritier pour accepter d'après le préteur ? Sous Justinien ? Comment se faisait l'adition ? Quels effets elle produisait ? Quels inconvénients pouvaient en résulter pour l'héritier ? Quel remède y apporta Justinien ? Pour les créanciers du défunt ? Quel remède leur accorda le préteur ? Quel effet produisait la séparation des patrimoines ? Les créanciers de l'héritier pouvaient-ils l'invoquer ? Dans quels cas y avaient-ils intérêt ? Pourquoi le leur refuser ?

Cinquième partie. — Donations. — *Donation entre vifs.* — Qu'est-ce que c'est ? Comment elle se réalise ? La simple convention de donner est-elle obligatoire ? *Quid* sous Justinien ? — Qu'est-ce que la loi Cincia ? Quel est son but ? Sa date ? Quel est son *modus* ? Quelle était sa sanction ? A quoi pouvait servir l'exception au donateur ? Qu'est-ce que l'insinuation ? Qui l'a établie ? Quand était elle obligatoire ? Quelle était la sanction ?

Donation à cause de mort. — Qu'est-ce que c'est ? Quelles en sont les caractéristiques ? Quelles étaient ses deux variétés ?

Donations entre époux. — Ont-elles été toujours interdites ? Quand l'ont-elles été ? Pourquoi ? Qu'est-ce que décide à ce sujet le sénatus-consulte de Sévère et Caracalla ?

Dot. — Qu'est ce que la dot ? Faire son histoire. Qu'est-ce que la dot profectice ? adventice ? Comment la dot pouvait être constituée ? Qui était propriétaire de la dot ? Le mari pouvait-il l'aliéner ? l'hypothéquer ? La dot fut elle toujours restituable ? A l'époque classique dans quel but ? Quelles actions avait la femme pour en obtenir la restitution ? Quelles différences y avait-il entre ces deux actions ? Que deviennent-elles sous Justinien ?

Des legs. — Qu'est-ce qu'un legs ? Quelles étaient les quatre sortes de legs ? Qu'est-ce que le legs *per vindicationem* ? Quelle était sa forme ? Quel droit conférait-il au légataire ? Quel pouvait en être l'objet ? Qu'est ce que le legs *per præceptionem* ? Qui pouvait en être le bénéficiaire ? Que pouvait on léguer de cette façon ? Quel droit il conférait au légataire ? Qu'est-ce que le legs *per damnationem* ? Quel droit il conférait au légataire ? Que pouvait-on léguer de cette façon ? Qu'est-ce que le legs *sinendi modo* ? Quelle était sa forme ? Que pouvait-on léguer de cette façon ? — Que fit le sénatus-consulte Néronien ? Que fit Justinien en cette affaire ? Quelles actions il confère au légataire ? Qu'est-ce que le *dies cedit* et le *dies venit* ? A quel moment ils se placent ? — Quel était le moment le plus important à connaître ? Pourquoi ? A

quel moment se plaçait le *dies cedit* du legs conditionnel ? d'usufruit ? — Qu'est-ce que la loi Falcidie ? Quel a été son but ? Quelles lois l'avaient précédée ?

Fidéicommis. — Qu'est-ce qu'un fidéicommis ? A-t-il toujours été obligatoire ? Combien y avait-il d'espèces ? Qu'est-ce que le fidéicommis d'hérédité ? Quel effet il produisait ? Comment il était restitué avant le sénatus-consulte Trébellien ? Que fit le Pégasien ? Que deviennent ces deux sénatus consultes sous Justinien ? Qu'est-ce qu'un fidéicommis particulier ? Quelles différences le séparent du legs ?

Sixième partie. — **Les actions**. — *Organisation judiciaire*. — Quels sont les magistrats sous la République ? sous l'Empire ? Qu'est-ce que le juge ? l'arbitre ? les récupérateurs ? Citez des tribunaux permanents.

Procédure des legis actiones. — Qu'est-ce qui les caractérise ? Quelles étaient les différentes sortes de *legis actionis* ? Qu'est ce qui caractérise le *sacramentum* ? Qu'est-ce que la *condictio* ?

Procédure formulaire. — Qu'est ce qui la caractérise ? A quelle époque a-t-elle été établie ? Quelle est la date de la loi Æbutia ? A-t-elle supprimé définitivement les *legis actiones* ? Quelle loi postérieure l'a fait ? Qu'est-ce que la formule ? Quelles en sont les parties principales ? Qu'est-ce que la *demonstratio* ? Quelles actions n'en ont pas ? Qu'est-ce que l'*intentio* ? Quelle est son importance ? Qu'est-ce qu'une *intentio in jus* ? *in factum* ? *in rem* ? *in personam* ? *certa* ? *incerta* ? Qu'est-ce que l'*adjudicatio* ? Dans quelles actions on la trouve ? Qu'est-ce que la *condemnatio* ? Quel était son caractère ? Quand était-elle *certa* ? — Qu'est-ce que la *litis contestatio* ? Quels effets elle produisait ? — Qu'est-ce qu'une exception ? Quelle est son origine ? Quelle différence y avait-il avec le moyen de défense.

Procédure extraordinaire. — Qu'est ce qui la caractérise ? A quelle époque elle apparaît ? Y a-t il toujours une *litis contestatio* ?

Des actions. — Qu'est-ce qu'une action réelle ? une action personnelle ? En quoi diffèrent-elles ? Enumérez les actions réelles civiles ? réelles prétoriennes ? Qu'est-ce qu'une action *in jus* ? une action *in factum* ? Qu'est-ce qu'une action directe ? une action utile ? une action fictice ? Qu'est-ce qu'une action arbitraire ? Quelles actions étaient arbitraires ? — Qu'est-ce que l'action en revendication ? Quels en sont les caractères ? Qui pouvait l'exercer ? Contre qui ? Quel en était le résultat ? — Qu'est-ce que l'action publicienne ? Quels étaient ses caractères ? — A qui elle appartenait ? Contre qui ? — Qu'est-ce que la pétition d'hérédité ? ses caractères ? Qui pouvait l'exercer ? Contre qui ? Qu'est-ce que fit le sénatus consulte Juventien ? Quelle est sa date ?

TABLE DES MATIÈRES

SECTION V. — La protection des incapables.

DEUXIÈME PARTIE

LES BIENS

SECTION Ire. — Classification des biens.

SECTION II. — Classification des droits.

SECTION III. — De la propriété considérée en elle-même.

SECTION IV. — Etude de la possession.

SECTION V. — Différente manières d'acquérir la propriété.

SECTION VI. — **Des servitudes.**

SECTION VII. — **Des droits réels prétoriens.**

TROISIÈME PARTIE

LES OBLIGATIONS

SECTION Ire. — **Les contrats.**

SECTION II. — **Des sources non conventionnelles d'obligations.**

SECTION III. — **Effets des obligations.**

SECTION IV. — **Extinction des obligations.**

QUATRIÈME PARTIE

LES SUCCESSIONS

CINQUIÈME PARTIE

LES DONATIONS ENTRE VIFS ET TESTAMENTAIRES

SECTION Ire. — **Donations proprement dites.**

SECTION II. — **Legs.**

SECTION III. — **Fidéicommis.**

SIXIÈME PARTIE

LES ACTIONS

SECTION Ire. — **Organisation judiciaire.**

SECTION II. — **Procédure civile.**

SECTION III. — **Etude particulière des actions et autres moyens de sanction.**

Imp. J. Thevenot. Saint-Dizier (Haute-Marne).

DROIT ROMAIN

RÉSUMÉ

EN

TABLEAUX SYNOPTIQUES

RÉSUMÉ EN TABLEAUX SYNOPTIQUES

[Intr]oduction.	*Définition* : Le droit romain est l'ensemble des institutions juridiques qui ont été en vigueur à Rome et sur les territoires soumis à la domination romaine depuis la fondation de Rome jusqu'à la mort de Justinien (753 avant J.-C. à 565 après J.-C.).			
	Divisions.	1° *En quatre périodes* (*M. Girard*).	1re période : Royauté (an 1 à 244 de Rome). 2e période : République (244 à 727 de Rome). 3e période : Principat (27 avant J.-C. à 284 après J.-C.). 4e période : Monarchie absolue (284 à 565).	
		2° *En trois périodes* (*M. Cuq*).	1° Ancien droit : De l'an 1 au 7e siècle de Rome. 2° Droit classique : Du 7e siècle de Rome à 235 après J.-C. 3° Bas empire : 235 à 265.	
		3° *En deux périodes* (*M. May*).	1° Le *jus civile* (Droit civil) des origines à Auguste (727 de Rome). 2° Le *jus gentium* (Droit des gens) d'Auguste à Justinien.	
	Sources du droit à Rome.	1° *Droit civil.*	1° La loi (Curiate, Centuriate, loi des XII tables). 2° Le Plébiscite (voté dans les conciles de la plèbe). Loi Hortensia. 3° Le sénatus-consulte ; sous l'empire ; sur la proposition de l'empereur (*oratio principis*, discours du prince).	
			4° Constitutions impériales.	*Edicta.* *Mandata.* *Decreta.* *Rescripta.*
			5° Réponses des Prudents.	Sous Auguste, Sabiniens et Proculiens. Sous Marc-Aurèle, Gaius. Sous les Sévères, Paul, Ulpien et Papinien, prince des jurisconsultes.
		2° *Droit honoraire ou prétorien.*	*Définition* : Droit créé par les magistrats, notamment le Préteur, pour appliquer, suppléer ou corriger le droit civil. *Date* : A partir de la loi Æbutia au 7e siècle, et de la procédure formulaire. *Moyens employés* : Par voie d'action ou d'exception.	
		Compilations de Justinien (527 à 565).	1° *Code* (529). Recueil de constitutions impériales. 2° *Digeste ou Pandectes* (533). Recueil méthodique de fragments extraits des écrits des jurisconsultes Romains. 3° *Institutes* (533). Manuel pour les étudiants (*Cupidæ legum juventuti*). 4° *Novelles*. Constitutions plus récentes.	

PREMIÈRE PARTIE. — **Les Personnes.**

Notions préliminaires.

- *Définition* : La personne est tout être capable d'avoir des droits et d'être tenu d'obligations.
- **Les trois éléments du caput.**
  - 1° *Status libertatis*, liberté ;
  - 2° *Status civitatis*, cité ;
  - 3° *Status familiæ*, être chef de famille.
- **Classification des personnes.**
  - 1° Hommes libres et esclaves ;
  - 2° Citoyens et non citoyens ;
  - 3° Personnes *sui juris* et *alieni juris* ;
  - 4° Personnes en tutelle et en curatelle.

SECTION I. — L'ESCLAVAGE.

Définition : Institution juridique qui avait pour résultat de mettre un être humain sous l'autorité d'un autre être humain comme une bête de somme.
Origine historique : La captivité. — On ne tuait pas les prisonniers, on les réduisait en esclavage.

I. Sources juridiques.

- **1° Naissance.**
  - Les enfants d'une femme esclave (*ancilla*).
  - Si la mère est libre à un moment de la grossesse, les enfants sont libres.
- **2° Faits postérieurs.**
  - 1° *Droit des gens.* — Captivité.
  - 2° *Droit civil.*
    - 1° Ancien.
      - 1° Celui qui ne s'est pas fait incrire au cens ;
      - 2° Soldat réfractaire ;
      - 3° Voleur pris en flagrant délit ;
      - 4° Débiteur insolvable,
    - 2° Classique.
      - 1° L'homme libre qui se vend comme esclave ;
      - 2° Condamné aux bêtes et mines ;
      - 3° Femme libre ayant des relations avec esclave d'autrui-
      - 4° Affranchi ingrat.
    - 3° Justinien.
      - Suppression des causes 2 et 3.

II. Conditions de l'esclave.

- **1° Ancien droit.**
  - L'esclave est une chose :
  - 1° Droit absolu du maître ;
  - 2° L'esclave n'a aucun droit, ni famille, ni patrimoine.
  - Cependant, l'esclave peut figurer dans un contrat comme instrument d'acquisition de son maître. Il peut avc un pécule à gérer.
- **2° Droit classique.**
  - L'esclave ne peut plus être tué ni maltraité par son maître.
  - Il contracte une obligation naturelle. Actions *adjectitiæ qualitatis.*
- **3° Droit chrétien.**
  - La parenté servile produit des effets au point de vue successoral après l'affranchissement.

III. Fin de l'esclavage.

- 1° Postliminie. Retour de captivité.
- 2° Affranchissement. Renvoi.

he

iar

V. Colonat.

- *Définition* : Institution voisine de l'esclavage.
- *Origine* : Pour faciliter la culture du sol et pour assurer le paiement de l'impôt.
- *Sources.*
  - 1° Naissance ;
  - 2° Convention ;
  - 3° Prescription.
- **Condition du colon.**
  - Le colon est l'esclave de la terre. Il ne peut en être détaché.
  - Il a une certaine personnalité : un patrimoine et une famille.
- **Fin du colonat.**
  - 1° Acquisition du fonds ;
  - 2° Episcopat.

SECTION II. — AFFRANCHISSEMENT

Définition : C'est l'acte par lequel le maître confère la liberté à son esclave. A l'affranchi on oppose l'ingénu qui n'a jamais été esclave.

. Formes de l'affranchissement.

- **1° Ancien droit.**
  - 1° Cens ;
  - 2° *Vindicta* (baguette). Procès fictif en liberté devant le magistrat ;
  - 3° Testament.
- **2° Droit classique.**
  - a) *Formes solennelles.*
    - Le cens disparaît sous l'empire.
    - *Vindicta* et testament. *Fidéicommis* de liberté.
  - b) *Formes non solennelles*
    - Entre amis ou par lettre.
    - Nulles, d'après le droit civil, efficaces en fait, grâce au Préteur.
    - Loi Junia déclare les affranchis Latins Juniens.
- **3° Bas-empire.**
  - *Vindicta* simplifiée. Testament. Affranchissement dans les Eglises.
  - Affranchissement entre amis et par lettre.

I. Restrictions à la faculté d'affranchir.

- **1° Loi Ælia Sentia.** 757 de Rome.
  - *But* : Empêcher d'accorder à des indignes le droit de cité.
  - *Dispositions.*
    - 1° Le maître doit avoir 20 ans ;
    - 2° L'esclave doit avoir 30 ans :
    - 3° L'affranchi indigne est déditice ;
    - 4° Nullité de l'affranchissement ou fraude des créanciers.
- **2° Fufia Caninia sous Auguste.**
  - Limite les affranchissements par testament.
  - 100 au maximum.
- **3° Justinien.**
  - 1° Conserve de la loi Ælia Sentia les dispositions 1 et 4 ;
  - 2° Abroge la loi Fufia Caninia.

I. Condition de l'affranchi.

- **1° Ancien droit.**
  - a) *Au point de vue social.*
    - L'affranchi est citoyen romain.
    - Mais, il n'a pas l'accès aux magistratures (*jus honorum*), ni le droit de se marier avec un ingénu.
  - b) *A l'égard de son patron.*
    - *Obsequium* : respect.
    - *Operæ* : services.
    - *Bona* : droit successoral.
- **2° Droit classique.**
  - 1° *Affranchis citoyens.*
    - Condition améliorée. Sous Auguste, ils peuvent se marier avec des ingénus, sauf ceux de rang sénatorial.
  - 2° *Affranchis Latins Juniens.*
    - Aucun droit public.
    - Pas de *connubium*. Pas droit de tester.
  - 3° *Affranchis déditices.*
    - Ne peuvent devenir citoyens.
    - Ni vivre à Rome ou à 100 milles autour.
- **3° Justinien.**
  - Tous les affranchis sont citoyens Romains.

SECTION III. — LE DROIT DE CITÉ

I. Acquisition et perte.	1° Acquisition.	1° *Naissance* de parents citoyens Romains. *Jus sanguinis.* 2° *Fait postérieur.* Concession gracieuse du peuple ou de l'empereur. *Edit de Caracalla* (212). Conférant la cité aux habitants actuels de l'Empire, généralisé par Justinien.
	2° Perte.	1° Perte de la liberté ; 2° Acquisition d'une autre nationalité ; 3° Certains condamnations.
II. Condition du citoyen.	1° Droit public.	*a*) Droit de vote. *b*) Droit d'éligibilité. *c*) Droit de servir dans les légions.
	2° Droit privé.	*a*) Droit de se marier en justes noces (*Connubium*). *b*) Droit de faire les actes juridiques d'après le droit civil Romain (*Commercium*). *c*) Droit d'exercer une action de la loi.
III. Conditions des non-citoyens.	1° Latins.	*a*) Anciens (*Veteres*). *b*) Coloniaires. *c*) Juniens.
	2° Pérégrins.	Ils n'avaient pas les facultés de droit civil. Ils avaient les facultés du droit des gens.

SECTION IV. — ORGANISATION DE LA FAMILLE

I. Traits caractéristiques.	Tableau de la famille Romaine.	1° Régime patriarcal, c'est-à-dire reposant sur l'autorité de *paterfamilias* ; 2° Groupe fortement organisé ; 3° La parenté civile repose sur l'identité de puissance paternelle et non sur les liens du sang ; 4° La parenté civile n'est établie que par les mâles et non par les femmes; 5° La puissance paternelle n'est pas comme aujourd'hui un pouvoir de protection pour les enfants. Elle est établie dans l'intérêt de celui qui l'exerce ; 6° Les femmes sont exclues de la puissance paternelle ; 7° Le cercle de la famille (*domus*) est très étendu.
	Parenté.	1° *Civile ou Agnation.* — Existe entre ceux qui sont, ont été ou auraient pu être sous l'autorité d'un même ascendant. 2° *Naturelle ou Cognation.* — Résulte des liens du sang.
II. Patria Potestas (Puissance paternelle).	1° Caractère.	Ce n'est pas un pouvoir de protection établi dans l'intérêt de l'enfant. Conséquences 1° Elle dure toute la vie de l'enfant ; 2° Elle n'appartient qu'à l'homme : 3° Elle est exercée par l'ascendant le plus âgé.
	2° Effets.	a) *Ancien droit.* — Le fils de famille à peu près semblable à l'esclave. Il est *alieni juris*, sans patrimoine. b) *Droit classique et bas-empire.* — Limitation des pouvoirs sur la personne. Pour les biens, théorie des pécules : Profectice. Castrense. Quasi-Castrense. Adventice.

II. Patria Potestas. (Puissance paternelle). (*suite*).

- **3° Sources.**
  - a) *Justæ Nuptiæ.*
  - b) *Légimitation*
  - c) *Adoption.*
- **4° Emancipation.**
  - *Définition* : Acte par lequel le *paterfamilias* met fin à la *patria potestas* à l'égard d'un de ses enfants.
  - *Formes.*
    - Autrefois, trois ventes fictives pour un fils, une vente fictive pour la fille ou petit-fils.
    - Sous Justinien, déclaration devant le magistrat.
  - *Effets.*
    - *Ancien droit* : Déchéance pour l'émancipé du droit successoral.
    - *Droit nouveau* : Le Préteur lui accorde un droit de succession en concours avec ses frères restés en puissance.

III. Justæ Nuptiæ (Mariage Romain).

- **Historique.**
  - 1re Phase : Le mariage place toujours la femme sous la puissance du mari ou *manus*.
  - 2e Phase : A côté du mariage avec *manus*, apparait le mariage libre, sans *manus*.
  - 3e Phase : Le mariage avec *manus* a disparu.
- **1° Formation.**
  - a) *Mariage avec manus.*
    - α) *Confarreatio*. Cérémonie religieuse.
    - β) *Coemtio*. Vente fictive de la femme au mari.
    - γ) *Usus*. Cohabitation d'un an.
  - b) *Mariage sans manus.*
    - Aucune forme particulière. Pas d'autorité publique.
    - Tout au plus, faut-il que la femme soit livrée au mari dans son domicile.
- **2° Conditions de fond.**
  - *a*) Consentement des futurs époux.
  - *b*) Consentement du *paterfamilias* à tout âge.
  - *c*) Age de puberté (12 ans, filles ; 14 ans, garçons).
  - *d*) *Connubium*, aptitude à se marier en justes noces.
  - *e*) Absence de mariage non dissous.
- **3° Effets.**
  - a) *Entre époux.*
    - Mariage avec *manus*. — La femme entre dans la famille du mari, sous son autorité, comme une fille.
    - Mariage sans *manus*. — La femme libre à l'égard de son mari, dans une autre famille.
  - b) *Entre mère et enfants.*
  - c) *Entre père et enfants (puissance paternelle).*
    - Dans le mariage avec *manus*, ils sont comme frères et sœurs.
    - Dans le mariage sans *manus*, ils sont étrangers l'un à l'autre.
- **4° Dissolution.**
  - *a*) Mort.
  - *b*) Perte de la liberté ou de la cité.
  - *c*) Divorce, a lieu librement dans le mariage sans *manus*.
- **5° Autres unions.**
  - *a*) Concubinat. Mariage d'ordre inférieur.
  - *b*) Mariage des pérégrins.
  - *c*) *Contubernium* ou mariage des esclaves.

IV. Légitimation.

- *Définition* : Institution qui a pour objet de faire tomber les enfants nés du concubinat sous la *patria potestas* de leur père.
- *Origine historique* : Créée par Constantin et développée par ses successeurs : Zénon, Anastase et Justinien.
- **Trois procédés.**
  - 1° Mariage subséquent des père et mère ;
  - 2° Rescrit de l'empereur ;
  - 3° Oblation à la curie.

V. Adoption.

- *Définition* : Institution qui a pour résultat de faire acquérir la puissance paternelle par un procédé artificiel organisé par la loi.
- **Différentes sortes.**
  - *Adrogation*, quand il s'agit d'un *sui juris*.
  - *Adoption*, pour un *alieni juris*.
  - *Adoption testamentaire*, faite par testament.
- **1° Conditions de forme.**
  - a) *Adrogation.*
    - α) Au début, comice par curie.
    - β) Plus tard, 30 licteurs.
    - γ) Enfin, rescrit impérial.
  - b) *Adoption.*
    - a) Avant Justinien, vente fictive et procès fictif.
    - b) Sous Justinien, déclaration devant le magistrat.
- **2° Conditions de fond.**
  - a) *Communes.*
    - α) Aptitude à acquérir la *patria potestas*.
    - β) Différence d'âge : 18 ans.
    - γ) Accord de volontés.
  - b) *Règles particulières à l'adrogation.*
    - α) L'adoptant doit avoir 60 ans.
    - β) Il doit ne pas avoir d'enfant.
    - γ) L'adopté doit être pubère. Cependant Antonin le Pieux autorise sous certaines conditions l'adrogation des impubères.
- **3° Effets.**
  - a) *de l'adrogation.* L'adrogé devient *alieni juris*. Ses biens sont acquis part l'adrogeant; ses enfants et sa femme *in manu* passent sous l'autorité de l'adrogeant.
  - b) *de l'adoption.*
    - α) Avant Justinien.
      - L'adopté passe d'une famille dans l'autre.
      - Il perd tout droit à la succession dans son ancienne famille.
    - β) Sous Justinien.
      - Mêmes effets quand l'adoptant est un ascendant.
      - Quand l'adoptant est un autre qu'un ascendant, il reste dans sa famille et acquiert seulement des droits de succession dans la famille de l'adoptant.

SECTION V. — PROTECTION DES INCAPABLES.

- **Incapacité de fait.**
  - Celle qui résulte de l'âge, du sexe, ou de l'altération des facultés.
  - Impubères. Mineurs. Femme. Fous et prodigues.
- **Evolution historique.**
  - *Au début* : Tutelle et curatelle instituées en vue de protéger les intérêts de la famille contre les actes de mauvaise gestion de l'incapable
  - *Dans le dernier état du droit* : Mesures de protection en faveur de l'incapable lui-même.
- **Mesures de protection.**
  - **1° Tutelle.**
    - *a*) Impubères.
    - *b*) Femmes même pubères.
  - **2° Curatelle.**
    - *a*) Fous.
    - *b*) Prodigues.
    - *c*) Mineurs de 25 ans.

I. Tutelle des impubères.

Définition : Puissance établie pour protéger celui qui, en raison de son âge, ne peut se défendre lui-même.

- *Personnes en tutelle.*
  - Impubères des deux sexes *sui juris*.
  - Les femmes étaient impubères jusqu'à 12 ans, les hommes jusqu'à 14 ans.
- **1° Désignation du tuteur.**
  - a) *Tutelle testamentaire.* — Organisée par le *paterfamilias* dans son testament.
  - b) *Tutelle légitime.*
    - Déférée par la loi. Généralement, l'héritier présomptif du pupille.
    - α) Tutelle des agnats et gentiles.
    - β) » du patron.
    - γ) » du père émancipateur.
    - δ) » fiduciaire.
  - c) *Tutelle dative.* — Déférée par le magistrat.
- **2° Fonctions du tuteur.**
  - a) *Personne physique du pupille.*
    - Le tuteur n'en avait pas la garde.
    - Il avait trop d'intérêt à le supprimer.
  - b) *Patrimoine du pupille.*
    - 2 façons d'opérer.
      - α) *Auctoritas.*
      - β) *Negotiorum gestio.*
    - α) *Auctoritas.*
      - *Définition* : Augmentation de personnalité donnée par le tuteur au pupille.
      - *Forme* : Présence du tuteur, du pupille et du tiers, au moment de l'acte. Au début, paroles sacramentelles.
      - *Effets* : L'acte produisait ses effets en la personne du pupille.
    - β) *Negotiorum gestio.*
      - *Définition* : Le tuteur fait l'acte seul, sans le pupille.
      - *Effets* : L'acte produisait ses effets en la personne du tuteur.
    - γ) Champ d'application.
      - La *negotiorum gestio* s'imposait pour le pupille *infans* (jusqu'à 7 ans).
      - L'*auctoritas* s'imposait pour les actes solennels n'admettant pas un mandataire.
- **3° Pouvoirs du tuteur.**
  - a) *Ancien Droit.*
    - *Principe* : Pouvoir absolu du tuteur.
    - *Tempérament* : Il ne peut faire de donation.
  - b) *Droit Prétorien.* — Action en nullité accordée au pupille (*in integrum restitutio*) contre les actes du tuteur lui causant une lésion.
  - c) *Droit Impérial.*
    - *Oratio Severi* (195) interdisant l'aliénation des *prædia rustica vel suburbana*.
    - Constantin l'étend aux biens urbains et aux meubles précieux.
- **4° Incapacité du pupille.**
  - a) Pupille, *Infans*. Jusqu'à 7 ans, incapacité absolue.
  - b) *Pupille sorti de l'infantia.*
    - Peut rendre sa condition meilleure (acquérir, devenir créancier, cesser d'être débiteur).
    - Ne peut qu'avec *auctoritas tutoris* la rendre pire (aliéner, devenir débiteur, cesser d'être créancier).
- **5° Obligations du tuteur.**
  - α) *Avant.*
    - α) Faire inventaire.
    - β) S'engager avec fidéjusseurs à bien gérer.
  - β) *Pendant.* — Gérer en bon père de famille.
  - γ) *A la fin.* — Rendre compte et restituer les biens du pupille.
  - *Actions du pupille.*
    - α) *Actio directa tutelæ.*
    - β) *Actio de rationibus distrahendis.*
    - γ) *Actio ex stipulatu.*
    - δ) *Actio subsidiaria.*
    - *Garanties* : Privilège et hypothèque légale sous Constantin

I. Tutelle des impubères (*suite*).	**6° Fin de la tutelle.**	*a*) Puberté pour les garçons (14 ans). *b*) Mort du pupille. *c*) Perte de la liberté ou de la cité, etc.
II. Tutelle des femmes pubères.	*Caractère juridique* : Institution établie pour protéger la famille contre la légèreté d'esprit de la femme.	
	Désignation du tuteur.	1° Testament ; 2° Loi ; 3° Magistrat.
	Etendue de l'incapacité de la femme.	Sans *auctoritas tutoris* elle ne peut faire certains actes : aliéner une *res mancipi* ; se donner en *manus* ; s'obliger tester.
	Disparition successive.	Sous Claude, suppression de la tutelle légitime. Les femmes qui ont un certain nombre d'enfants, 3 ou 4, en sont dispensées (*Jus liberorum*). Théodose et Honorius (410) accordent ce droit à toutes les femmes.
III. Curatelle des fous.	**Deux classes de fous.**	a) *Furiosus*, ayant des intervalles lucides. b) *Mente captus*, sans intervalle lucide.
	Ancien Droit.	Seul, le *furiosus* est en curatelle. Il n'est en curatelle que s'il a des agnats ou gentiles.
	Progrès réalisés.	1° *Mente captus* pourvu d'un curateur. 2° Curatelle testamentaire et dative, à côté de curatelle légitime des agnats et des gentiles.
	Incapacité du fou.	*Furiosus*, capable entièrement dans ses intervalles lucides. *Mente captus*, toujours incapable.
	Rôle du curateur.	Gère, dans les intervalles non lucides. Cesse ses fonctions dans les intervalles lucides.
IV. Curatelle du prodigue.	**Ancien Droit.**	*Définition* : Etait prodigue seulement celui qui dissipait les biens reçus *ab intestat* de ses ancêtres paternels. *Organisation de la curatelle* : Elle était organisée dans l'intérêt de la famille agnatique. En sorte qu'elle n'existait pas quand il n'y avait ni agnats ni gentiles. *Mise en curatelle* : Par décret du préteur (Interdiction). Avant la préture, par décision de la *gens*, d'après les uns ; du roi ou du consul, d'après les autres.
	Progrès réalisés (oublié dans le texte) (p. 80).	1° On considère comme prodigues, ceux qui dissipent leurs biens, sans distinction d'origine ; 2° La curatelle est organisée en faveur du prodigue ; 3° Curatelle dative à défaut de curatelle légitime.
	Incapacité du prodigue.	Peut seul faire les actes rendant sa condition meilleure. Est remplacé par son curateur pour les actes rendant sa condition pire.
V. Curatelle du mineur de 25 ans.	*Définition* : C'est la personne *sui juris* qui a plus de 14 ans et moins de 25 ans.	
	Trois périodes de la vie d'un homme.	1° *Impuberté, jusqu'à 14 ans.* — *a*) *Infantia*, jusqu'à 7 ans. *b*) Impuberté ordinaire, au delà de 7 ans. 2° *Minorité* de 14 à 25 ans. 3° *Majorité*. A partir de 25 ans.
	Evolution historique.	1re *Phase* : *Avant la loi Plœtoria.* — Pleine capacité. 2e *Phase* : *Loi Plœtoria* (563 de R.). — Action publique, entraînant infamie contre ceux qui circonviennent un mineur. Adjonction possible d'un curateur. 3e *Phase* : *Droit Prétorien.* — *Restitutio in integrum* (action en nullité). Contre les actes causant au mineur une lésion. 4e *Phase* : *Marc-Aurèle.* — Curatelle permanente, mais facultative des mineurs de 25 ans. 5e *Phase* : *Dioclétien.* — a) *Mineurs ayant un curateur* : Peuvent seuls rendre leur condition meilleure. Ne peuvent la rendre pire qu'avec *consensus curatoris*. b) *Mineurs sans curateur* : Peuvent faire les 2 sortes d'actes.

Appendice. Deminutio capitis.

- *Definition* : C'est le changement qui se produit dans l'état d'une personne.
- **Trois sortes.**
  - 1° *Maxima* : Perte de la liberté.
  - 2° *Media* : Perte de la cité.
  - 3° *Minima* : Perte du droit de famille.
- **Effets généraux.**
  - *Principes* : La personnalité juridique s'évanouissait.
  - *Consequences* : Extinction des droits attachés à la personne et des obligations
- **Tempéraments.**
  - Le préteur oblige celui qui profite des biens du *deminutus* à payer ses dettes

---

DEUXIÈME PARTIE. — **Les biens.**

I. Classification des biens.

- **1° Choses dans le patrimoine.**
  - a) *Res mancipi et nec mancipi.*
    - Choses *mancipi*, choses précieuses.
    - Choses *nec mancipi*, choses non précieuses.
    - *Res mancipi.*
      - α) Fonds italiques.
      - β) Esclaves.
      - γ) Animaux de somme et de trait.
      - δ) Servitude des fonds rustiques.
      - Toutes les autres choses sont *nec mancipi*.
    - Intérêts pratiques.
      - 1° *Mancipatio*, spéciale aux *res mancipi* ;
      - 2° Tradition, spéciale aux *res nec mancipi* ;
      - 3° Incapacité des femmes pour l'aliénation des *res mancipi*.
  - b) *Choses corporelles et incorporelles.*
    - *Définition* : Les choses corporelles tombent sous le sens. Les choses incorporelles sont de pures conceptions de l'esprit. Ce sont les droits, sauf la propriété, chose corporelle.
    - Intérêts pratiques.
      - La possession ne concerne que les choses corporelles.
      - Conséquences :
      - Les modes d'acquérir reposant sur la possession ne s'appliquent pas aux choses incorporelles (tradition, usucapion).
  - c) *Immeubles et meubles.*
    - *Définition* : Les biens sont meubles ou immeubles suivant qu'ils peuvent ou non se déplacer.
    - Intérêts pratiques.
      - 1° Pour le délai d'usucapion ;
      - 2° Pour l'interdit possessoire ;
      - 3° Pour le vol, etc.
  - d) *Fonds italiques et provinciaux.*
    - *Définition* : Suivant qu'ils sont situés en Italie, ou en dehors.
    - Intérêts pratiques.
      - α) Pas de propriété quiritaire sur les fonds provinciaux : simple possession.
      - β) Les fonds provinciaux seuls assujettis à l'impôt foncier.
- **2° Choses en dehors du patrimoine.**
  - a) *Droit humain.*
    - α) *Res publicæ* (routes, ports, fleuves, etc.).
    - β) *Res communes* (air, eau courante, rivages).
  - b) *Droit divin.*
    - α) *Res sanctæ* (murs et portes des villes).
    - β) *Res sacræ* (temples et statues des Dieux).
    - γ) *Res religiosæ* (sépultures).

I. Classification des droits.

- **Distinction fondamentale.**
  - *Droits reels*, portant directement sur une chose et opposables à tous.
  - *Droits de créance*, existant contre une personne déterminée appelée débiteur.
- **Sous-distinction des droits réels.**
  - 1° *Droits reels civils.*
    - a Propriété quiritaire.
    - b Servitudes personnelles
      - α) Usufruit
      - β) Usage.
      - γ) Habitation.
      - δ) Travaux d'un esclave ou d'un animal.
    - c Servitudes prédiales ou réelles.
  - 2° *Droits réels prétoriens.*
    - a Propriété bonitaire.
    - b *Jus in agro vectigali.*
    - c Emphytéose.
    - d Superficie.
    - e Hypothèque.

II. Propriété considérée en elle-même.

Définition : Faculté appartenant à une personne de tirer directement d'une chose déterminée toute l'utilité qu'elle peut procurer.

- **Caractères juridiques.**
  - 1° Droit absolu
    - a Droit d'user : *utendi*.
    - b » de jouir : *fruendi*.
    - c » de disposer : *abutendi*.
  - 2° Droit exclusif ;
  - 3° Droit perpétuel.
- **Propriété quiritaire.**
  - 1° Ne pouvait appartenir qu'à un citoyen romain.
  - 2° Ne pouvait porter que sur une chose romaine (*res mancipi*).
  - 3° Ne pouvait s'acquérir que par un mode romain.
  - Sur tous ces points, des tempéraments furent admis à l'époque classique.
- **Propriété bonitaire.**
  - *Définition* : C'est celle qui est reconnue et sanctionnée par le Préteur.
  - *Origine historique* : Elle fut créée à l'occasion de la tradition d'une *res mancipi*. Le Préteur donne à l'acheteur le moyen de conserver la possession envers et contre tous et d'arriver à la propriété quiritaire par l'usucapion (*exceptio in venditæ et traditæ*, action publicienne). On en conclut qu'il avait la chose dans ses biens.
  - *Autres applications.*
    - *Bonorum possessor.*
    - *Bonorum emptor*, etc.

IV Etude de la possession.

Définition : C'est le pouvoir physique qu'on a sur une chose avec l'intention de se comporter comme le véritable propriétaire de cette chose.

- **Distinction.**
  - 1° Entre propriété (droit) et possession (fait).
  - 2° Entre possession (*corpus* et *animus*) et détention (*corpus* seul).
- **Effets juridiques de la possession.**
  - 1° Protégée par des interdits ;
  - 2° Base de modes d'acquérir la propriété ;
  - 3° Rôle de défendeur dans la revendication ;
  - 4° Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.
- **1° Acquisition et perte.**
  - a) *Acquisition.*
    - En acquérant le *corpus* et l'*animus*.
    - Par une personne étrangère on ne peut acquérir que le *corpus*, pas l'*animus*.
  - b) *Perte.*
    - Du *corpus* (fuite d'un animal).
    - De l'*animus* (constitut provisoire).
    - Du *corpus* et de l'*animus* (tradition).
- **2° Protection.**
  - a) *Interdits retinendæ possessionis.*
    - α) *Uti possidetis*, pour les immeubles, en faveur du possesseur actuel.
    - β) *Utrubi*, pour les meubles, en faveur de celui qui a possédé le plus longtemps dans l'année.
  - b) *Interdits recuperandæ.*
    - α) *De precario.*
    - β) *Unde vi.*

V. Acquisition de la propriété.

- **Différence avec le droit français.**
  - En droit français, le seul consentement transfère la propriété.
  - Vendre et aliéner sont des termes synonymes.
  - A Rome, le seul consentement, même un contrat, ne suffit pas pour transférer la propriété. Vendre et aliéner sont des termes distincts.
- **1° Mancipatio.**
  - *Forme* : Vente fictive de l'objet en présence des parties d'un porte balance et de cinq témoins. Paroles sacramentelles. Pesée fictive.
  - *Conditions d'application.*
    - a) *Res mancipi.*
    - b) Personnes ayant le *commercium*.
  - Disparaît sous Justinien.
- **2° In jure cessio.**
  - *Forme* : Sorte d'abandon de la propriété fait devant le magistrat par l'aliénateur à l'acquéreur dans un procès fictif.
  - *Champ d'application.*
    - a) *Res mancipi* ou *nec mancipi.*
    - b) Personnes ayant le *commercium.*
  - Disparaît sous Justinien.
- **3° Tradition.**
  - *Définition* : Mode d'acquérir consistant dans la remise matérielle d'une chose par l'aliénateur à l'acquéreur.
  - *Conditions requises.*
    - a) Remise matérielle.
      - Effective au début.
      - Simplifiée plus tard, tradition de longue ou de brève main. Constitut possessoire.
    - b) *Justa causa.*
      - Intention d'aliéner chez l'un, d'acquérir chez l'autre. Ne doit pas être confondue avec le juste titre (vente ou donation).
    - c) Objet adéquat.
      - Chose matérielle.
      - Chose *nec mancipi.*
  - Mode général d'aliéner à la fin du droit romain.
- **4° Usucapion.**
  - *Définition* : Mode d'acquérir par la possession prolongée.
  - *Evolution.*
    - 1° Usucapion seule.
    - 2° Usucapion et *præscriptio longi temporis.*
    - 3° Fusion sous Justinien des deux institutions.
  - a) *Usucapion proprement dite.*
    - Cas d'application.
      - α) Aliénation d'une *res mancipi* par tradition.
      - β) Acquisition d'un non propriétaire.
      - Dans les deux cas, c'est un moyen de régulariser une acquisition viciée
    - Conditions.
      - 1° Possession prolongée.
        - 2 ans pour les immeubles.
        - 1 an pour les meubles.
      - 2° Juste titre (vente, donation, legs, etc.).
      - 3° Bonne foi, au début de la possession.
      - 4° Objet adéquat.
        - Ni chose incorporelle.
        - Ni fonds provincial.
        - Ni chose volée.
        - Ni immeuble acquis par violence.
      - Cas exceptionnels.
        - Usucapion d'une hérédité.
        - *Usureceptio.*
  - b) *Præscriptio longi temporis.*
    - Origine.
      - Créée par le Préteur, pour les pérégrins et pour les fonds provinciaux.
    - Caractère.
      - Au début, simple moyen de défense.
      - Plus tard mode d'acquérir.
    - Conditions.
      - Juste titre.
      - Bonne foi.
      - Possession pendant 10 à 20 ans.

V. Acquisition de la propriété (*suite*).

- **4° Usucapion** (*suite*).
  - c) *Sous Justinien.*
    - Fusion des deux institutions.
    - *Præscriptio* pour les immeubles de 10 à 20 ans.
    - Usucapion de 3 ans pour les meubles.

VI. Servitudes.

Définition : Ce sont des droits réels établis sur un bien, soit au profit d'une personne, soit au profit d'un fonds appartenant à un autre propriétaire.

- **Deux sortes.**
  - 1° Personnelles, au profit d'une personne ;
  - 2° Réelles ou prédiales, au profit d'un fonds.
- **Caractères communs.**
  - 1° Ce sont des choses incorporelles ;
  - 2° Ce sont des droits réels ;
  - 3° Elles portent sur la chose d'autrui ;
  - 4° Ce sont des charges exceptionnelles de la propriété ;
  - 5° Ce sont des démembrements de la propriété.
- **Différences.**
  - 1° Les servitudes personnelles sont établies au profit d'une personne, les servitudes réelles, au profit d'un fonds :
  - 2° Les servitudes personnelles sont viagères, les servitudes réelles sont perpétuelles.
- **1° Servitudes réelles.**
  - *Définition* : Ce sont des charges établies sur un fonds au profit d'un autre fonds.
  - *Eléments constitutifs.*
    - 1° Droit établi au profit d'un fonds ;
    - 2° Droit établi sur un fonds ;
    - 3° Entre fonds appartenant à deux propriétaires.
  - *Caractères juridiques.*
    - 1° Droits réels ;
    - 2° Droits accessoires ;
    - 3° Démembrements de la propriété ;
    - 4° Droits indivisibles ;
    - 5° Droits perpétuels ,
  - *Classification.*
    - Servitudes urbaines, au profit de fonds bâtis (Droit de vue).
    - Servitudes rurales, au profit de fonds non bâtis (passage, pacage).
    - *Intérêts pratiques.*
      - a) Servitudes urbaines *res nec mancipi*, servitudes rurales, *res mancipi*.
      - b) Servitudes urbaines, continues ; servitudes rurales, discontinues.
  - *Constitution.*
    - a) Ancien droit.
      - *In jure cessio*, adjudication, legs.
      - *Mancipatio* pour servitudes rustiques.
    - b) Droit prétorien.
      - Quasi-tradition (*usu* et *patientia*).
      - Possession prolongée (*longa possessio*).
      - Pactes et stipulations sur les fonds italiques.
    - c) Justinien.
      - Généralisation de la tradition, possession prolongée, pactes et stipulations.
  - *Extinction.*
    - a) Consolidation. Réunion des deux fonds.
    - b) Non usage.
      - Pendant 2 ans ; et sous Justinien 10 à 20 ans.
      - Point de départ : dernier acte d'exercice, pour les servitudes rurales ; fait contraire, pour les servitudes urbaines.
- **2° Servitudes personnelles.**
  - *Définition* : Droit établi sur la chose d'autrui dans l'intérêt d'une personne déterminée.
  - *Enumération.*
    - Usufruit.
    - Usage.
    - Habitation.
    - Services d'un animal ou d'un esclave.

VI. Servitudes *(suite)*.	**2° Servitudes personnelles** *(suite)*.	*Usufruit.*	*Définition* : Droit d'user et de jouir d'une chose appartenant à un autre (nu propriétaire) à charge d'en conserver la substance.	
			Constitution.	Mêmes règles que pour les servitudes urbaines.
			Droit de l'usufruitier.	Droit de se servir de la chose (*utendi*). Droit de percevoir les fruits (*fruendi*).
			Obligations.	*Droit civil* : Ne pas porter atteinte à la propriété. *Droit Prétorien* : *Cautio usufructuaria*. Engagement de jouir en bon père de famille.
			Extinction.	Mort de l'usufruitier. Consolidation.

VII. Droits réels Prétoriens.	**1° Propriété bonitaire** (voir *suprà*).		
	2° Jus in agro vectigali.	Droit réel appartenant à celui qui obtenait la concession d'une terre d'un *Municipe* moyennant paiement d'une redevance ou vectigal.	
	3° Emphytéose.	Droit réel sur des terres incultes louées à très longue durée moyennant une redevance pécuniaire ou canon.	
	4° Superficie.	Droit de propriété portant sur les constructions élevées sur le sol d'autrui.	
	5° Hypothèque.	*Définition* : Droit réel établi sur une chose pour garantir une dette.	
		Historique.	1° Aliénation fiduciaire ; 2° Gage, comportant remise de la possession et non de la propriété ; 3° Gage sans dépossession au cas du fermier d'un immeuble rural (action servienne) ; 4° Hypothèque établie par la généralisation du cas précédent (Action quasi-servienne).
		Droits du créancier hypothécaire.	1° Droit de se faire mettre en possession à l'échéance ; 2° Droit de vendre. Le premier créancier tient les autres à sa merci, mais ils peuvent s'en débarrasser en lui remboursant ce qui lui est dû (*jus offerendæ pecuniæ*).
		Vice du régime hypothécaire	Pas de publicité organisée.

TROISIÈME PARTIE. — **Les obligations.**

Définition : C'est un lien de droit qui astreint une personne à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose au profit d'une autre personne.

Sources.	**1° Contrats.**	
	2° Délits.	
	3° Variæ causarum figuræ.	Quasi-contrats. Quasi-délits. Loi.
I. Contrats.	*Définition* : Le contrat est un accord entre deux ou plusieurs personnes qui engendrent une ou plusieurs obligations sanctionnées par une action en justice.	
	Contrat et Pacte.	Le pacte est un accord quelconque. Le contrat est un accord reconnu comme tel par la loi. Le contrat seul engendre des obligations.

I. Contrats (*suite*).

- **Développement historique.**
  - *Droit primitif.*
    - Formalisme absolu.
    - *Nexum*, se faisant par l'airain et la balance.
    - Contrat *verbis* (par paroles) contrat, *litteris* (par écrit).
  - 1re *atteinte au formalisme : Contrats réels.*
    - *Mutuum.*
    - *Fiducie.*
    - Commodat. Dépôt. Gage.
  - 2° *atteinte : Contrats consensuels.*
    - Vente.
    - Louage.
    - Mandat.
    - Société.
  - 3° *atteinte : Pactes prétoriens et légitimes.*
  - 4° *atteinte : Contrats innommés.*
- **Classification.**
  - 1° *Formation.*
    - a) *Verbis.*
    - b) *Litteris.*
    - c) *Re.*
    - d) *Consensu.*
  - 2° *Effets.*
    - Unilatéraux. Engendrant une seule obligation (stipulation).
    - Synallagmatiques. Engendrant des obligations des deux côtés (vente).
  - 3° *Pouvoirs du juge.*
    - Droit strict. (Unilatéraux). Le juge a un pouvoir très limité.
    - Bonne foi. (Synallagmatiques). Le juge statue d'après l'équité.
- **1° Contrats formels.**
  - 1° *Nexum.*
    - Prêt d'argent consenti dans les formes de la *mancipatio*. en présence d'un porte-balance et de cinq témoins, avec des paroles sacramentelles différentes.
  - 2° *Contrat verbis.*
    - Enumération.
      - 1° *Dictio dotis* ;
      - 2° *Jusjurandum liberti* ;
      - 3° Stipulation.
    - Stipulation.
      - *Définition* : Contrat verbal se formant par une interrogation suivie d'une réponse concordante.
      - *Formes* : Me promets-tu 100 ? je le promets.
      - *Caractères* : Formel, unilatéral, de droit strict.
      - Sanction.
        - *Condictio certæ pecuniæ.*
        - *Condictio triticaria.*
        - *Actio ex stipulatu.*
  - 3° *Contrat litteris.*
    - *Définition* : C'est le contrat qui se forme par un écrit sur un registre appelé codex.
    - Deux sortes.
      - a) *Transcriptitium nomen a re in personam.*
      - b) *Transcriptitium nomen a persona in personam.*
    - Caractères. Formel, unilatéral, droit strict, droit civil.
    - Disparition sous Justinien.
- **2° Contrats réels.**
  - *Définition* : Ce sont ceux qui se forment par la remise d'une chose (*res*).
  - 2 *groupes.*
    - 1° *Mutuum.*
    - 2° Autres contrats réels.
      - *Fiducie.*
      - Commodat.
      - Dépôt.
      - Gage.
  - a) *Mutuum.*
    - *Définition* : C'est le contrat de prêt de consommation.
    - Formation.
      - 1° Transfert de propriété des choses prêtées ;
      - 2° Choses qui se pèsent, se comptent et se mesurent ;
      - 3° Obligation de restituer l'équivalent.
    - Sénatus-consulte Macédonien.
      - Sous Vespasien, interdit au fils de famille de s'obliger par *mutuum*.
      - *Sanction* : Exception. Il subsiste une dette naturelle.
    - Intérêts.
      - En principe, stipulation nécessaire.
      - Taux variable suivant les époques.

I. Contrats (*suite*).

- **2° Contrats réels** (*suite*.)
  - b) ***Fiducie.***
    - Aliénation avec obligation de retransférer la propriété.
    - *Actio fiduciæ* et *directa contraria.*
  - c) ***Commodat.***
    - *Définition* : Prêt à usage.
    - *Formation* : Remise de la détention.
    - Obligations du commodataire.
      - 1° Conserver ;
      - 2° Rendre la chose.
      - *Actio commodati directa.*
    - Obligations du commodant.
      - Restituer les frais extraordinaires de conservation.
      - *Actio commodati contraria.*
  - d) ***Dépôt.***
    - *Définition* : Remise d'une chose pour la conserver sans s'en servir et la rendre.
    - *Formation* : Remise de la détention.
    - Obligations du dépositaire.
      - 1° Conserver sans s'en servir ;
      - 2° Rendre la chose.
      - *Actio depositi directa.*
    - Obligations du déposant.
      - Indemniser le dépositaire de ses dépenses.
      - *Actio depositi contraria.*
  - e) ***Gage.***
    - *Définition* : Contrat ayant pour objet la remise d'une chose à un créancier pour garantir une dette.
    - *Formation* : Remise de la possession.
    - Obligations du créancier gagiste.
      - 1° Conserver sans s'en servir ;
      - 2° Rendre la chose.
      - *Actio pigneratitia directa.*
    - Obligations du débiteur.
      - Indemniser le créancier pour toutes ses dépenses.
      - *Actio pigneratitia contraria.*
- **3° Contrats consensuels.**
  - *Distinction* : Contrats formés par le seul consentement des parties.
  - *Enumération.*
    - Vente.
    - Louage.
    - Société.
    - Mandat.
  - a) *Vente.*
    - *Définition* : Contrat par lequel une personne s'engage à transférer tous ses droits sur une chose moyennant un prix en argent promis par un acheteur.
    - Historique.
      - α) Vente au comptant. Mancipation.
      - β) Vente par double stipulation.
      - γ) Vente consensuelle.
    - Formation.
      - α) Consentement.
      - β) Objet. Même chose d'autrui.
      - γ) Prix en argent.
    - Obligations du vendeur.
      - α) Transférer tous ses droits à l'acheteur.
      - β) Garantir l'acheteur contre l'éviction.
        - *Actio empti.*
        - *Actio ex stipulatu duplæ.*
      - γ) Garantir l'acheteur contre les vices de la chose.
        - Actions édilitiennes.
        - *Quanti minoris.*
        - *Redhibitoria.*
    - Obligations de l'acheteur.
      - 1° Prendre livraison ;
      - 2° Transférer la propriété du prix.
      - Sanctionnées par l'*actio venditi.*

- **I. Contrats** (*suite*).
  - **3° Contrats consensuels** (*suite*).
    - b) *Louage*.
      - α) De choses (*locatio conductio rei*).
        - Obligations du bailleur (*locator*).
          - 1° Livrer la chose ;
          - 2° Faire jouir le preneur.
        - Obligations du locataire (*conductor*).
          - 1° Payer la *merces* ;
          - 2° Jouir en bon père de famille ;
          - 3° Restituer à la fin du bail.
      - β) D'ouvrage (*locatio conductio operis*).
        - Obligation de l'entrepreneur (*conductor*).
          - Exécuter le travail promis.
        - Obligation du *locator*.
          - Payer le prix convenu (*merces*).
      - γ) De services (*locatio conductio operarum*).
        - Obligation de l'ouvrier (*locator*).
          - Fournir ses services.
        - Obligation du patron (*conductor*).
          - Payer la *merces*.
    - c) *Société*.
      - *Définition* : Contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun pour partager les bénéfices qui pourront en résulter.
      - Diverses sortes.
        - Universelles.
          - De tous biens.
          - De tous gains.
        - Particulières.
      - Obligations des associés.
        - 1° Effectuer l'apport ;
        - 2° Bien gérer les affaires sociales ;
        - 3° Contribuer aux pertes et partager les bénéfices.
        - *Actio pro socio* et *actio communi dividundo*.
      - Extinction de la société.
        - 1° Mort d'un associé ;
        - 2° Volonté commune ;
        - 3° Réalisation du but.
    - d) *Mandat*.
      - *Définition* : Contrat par lequel une personne, appelée mandant, charge une autre personne, mandataire, de faire pour son compte, un acte déterminé.
      - Obligations du mandataire.
        - 1° Exécuter les termes du mandat ;
        - 2° Rendre compte ;
        - 3° Transférer au mandant les droits nés de l'acte. *Actio mandati directa*.
      - Obligations du mandant.
        - 1° Indemniser le mandataire de ses dépenses ;
        - 2° Prendre à sa charge les obligations du mandataire. *Actio mandati contraria*.
      - Non représentation du mandant par le mandataire.
  - **4° Contrats innommés.**
    - *Définition* : Convention synallagmatique qui devient obligatoire lorsque l'une des parties a exécuté sa prestation ; l'autre est alors tenue d'exécuter la sienne.
    - *Quatre variétés.*
      - *Do ut des* ;
      - *Do ut facias* ;
      - *Facio ut des* ;
      - *Facio ut facias*.
    - *Historique.*
      - 1re Phase : Action pour reprendre sa chose (*condictio causa data causa non secuta*).
      - 2e Phase : Action de dol.
      - 3e Phase : Action *in factum* pour obtenir la prestation adverse.
    - *Double sanction*,
      - 1° Action *præcriptis verbis*, pour contraindre l'autre partie à s'exécuter.
      - 2° *Condictio causa data causa non secuta*, pour reprendre sa chose.
    - *Principaux contrats.*
      - 1° Échange, *do ut des* ;
      - 2° *Æstimatum* ;
      - 3° *Precarium*.

- **I. Contrats** *(suite)*.
  - **5° Pactes.**
    - a) *Isolés.*
      - α) Principe. Pactes nus.
      - β) Exceptions.
        - 1° Pactes Prétoriens.
          - *a*) Serment.
          - *b*) Constitut.
          - *c*) *Recepta.*
        - 2° Pactes légitimes.
          - *a*) Dot.
          - *b*) Donation.
          - *c*) Compromis.
    - b) *Adjoints.*
      - α) *In continenti.*
        - 1° Contrats de bonne foi, font corps avec le cont
        - 2° Contrats de droit strict, ne peuvent augment gation.
      - β) *Ex intervallo.*
        - Sans effet. Sauf lorsqu'ils remplacent un contrat suel.
- **II. Délits.**
  - **Evolution du droit pénal.**
    - 1° Vengeance privée ;
    - 2° Talion ;
    - 3° Composition volontaire ;
    - 4° Composition légale ;
    - 5° Répression exercée par l'Etat.
  - **Distinction des délits.**
    - 1° Délits publics, réprimés au nom de la société ;
    - 2° Délits privés, réprimés au nom de l'individu.
  - **Délits privés.**
    - 1° *Civils.*
      - a) *Furtum.*
      - b) *Injuria.*
      - c) *Damnum injuria datum.*
    - 2° *Prétoriens.*
      - a) *Rapina.*
      - b) *Dolus.*
      - c) *Metus.*
      - d) *Fraus creditorum.*
  - **1° Furtum.**
    - *Définition* : Maniement frauduleux de la chose d'autrui dans un but de lucre.
    - *Eléments constitutifs.*
      - *a*) *Contrectatio.*
        - α) *Furtum rei.*
        - β) *Furtum usus.*
        - γ) *Furtum possessionis.*
      - *b*) Intention de voler.
    - *Répression.*
      - Vol manifeste. Peine du quadruple.
      - Vol non manifeste. Peine du simple.
    - *Actions résultant du vol.*
      - 1° Action pénale : *Actio Furti.*
      - 2° Action en réparation.
        - a) *Rei vindicatio.*
        - b) *Actio ad exhibendum.*
        - c) *Condictio furtiva.*
  - **2° Injuria.**
    - *Définition* : Atteinte à la personne par coups, blessures, outrages.
    - 1re *Période : loi des XII tables.*
      - Pour un membre cassé, talion.
      - Pour un os brisé, 150 ou 300 as ; 25 as, autres injures.
    - 2e *Période : Droit prétorien.*
      - Peine pécuniaire arbitrée par le juge ou le magistrat.
    - 3e *Période : loi Cornelia.*
      - Option entre une poursuite criminelle et une indemnité pécuniaire dans 3 c.
    - 4e *Période : Justinien.*
      - Généralisation de la loi Cornelia.

- **II. Délits** *(suite).*
  - **3° Loi Aquilia**
    - *Définition* : Elle a réprimé les dommages causés à la chose d'autrui ; ressemble à l'art. 1382, C. civ.
    - *Trois chapitres.*
      - 2° Chapitre. *Adstipulator* qui a fait acceptilation en fraude du créancier.
      - 1er Chapitre : Meurtre d'un esclave ou d'un animal.
      - 3° Chapitre : Coups et blessures à un esclave ou animal ; détérioration d'une chose corporelle.
    - *Conditions d'application.*
      - 1° Faute positive ;
      - 2° Faute imputable à l'auteur ;
      - 3° Faute commise sans droit ;
      - 4° Dommage causé par le corps au corps.
    - *Sanction.* — *Actio legis Aquiliæ.* Action mixte.
  - **4° Rapina.**
    - *Définition* : Vol avec violence.
    - *Sanction : Actio bonorum vi raptorum* au quadruple et créé par Terentius Lucullus en 678 de R.
  - **5° Dolus.**
    - *Définition* : Manœuvre frauduleuse employée par une personne pour induire une autre personne en erreur et la déterminer à faire un acte.
    - *Répression.* — Par le Préteur Aquilius Gallus en 688 qui créa l'*actio de dolo*. Plus tard, furent créées : l'*exceptio doli* et l'*in integrum restitutio* pour dol.
    - *Action de dol.*
      - 1° Pénale.
      - 2° Infamante ;
      - 3° Subsidiaire ;
      - 4° Arbitraire.
  - **6° Metus.**
    - *Définition* : Crainte inspirée par une personne à une autre pour la déterminer à faire un acte.
    - *Répression.* — Par le Préteur Octavius au VIIe siècle, qui créa l'*actio quod metus causa*. Plus tard, vinrent l'exception et l'*in integrum restitutio*.
    - *Action quod metus causa.*
      - 1° Pénale ;
      - 2° Arbitraire ;
  - **7° Fraus creditorum.**
    - *Définition* : Elle consiste pour un débiteur à se rendre sciemment insolvable.
    - *Répression.* — D'abord, interdit fraudatoire. Plus tard le Préteur Paulus établit l'action Paulienne. Vinrent ensuite l'exception et l'*in integrum restitutio*.
    - *Conditions requises.*
      - 1° Préjudice causé au créancier ;
      - 2° Fraude du débiteur.

- **I. Variæ causarum figuræ.**
  - *Définition* : Ce sont d'autres modes de formation d'obligation.
  - **1° Loi.**
    - *a)* Obligations dérivant de la parenté.
    - *b)* Obligations dérivant de la propriété.
  - **2° Quasi-contrats.**
    - a) *Gestion d'affaires.*
      - *Définition* : Se produit quand une personne s'occupe des intérêts d'une autre personne sans en avoir reçu mandat.
      - *Effets.*
        - Action directe, contre le gérant pour ses fautes.
        - Action contraire, contre le maître pour ses avances.
    - b) *Enrichissement sans cause*
      - *Définition* : Théorie d'après laquelle nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui.
      - *Variétés.*
        - α) *Condictio furtiva.*
        - β) *Condictio causa data causa non secuta.*
        - γ) *Condictio ob turpem vel injustam causam.*
        - δ) *Condictio indebiti.*
        - ζ) *Condictio sine causa.*
  - **3° Quasi-délits.**
    - *Définition* : Faits illicites sanctionnés par la législation postérieure.
    - *Enumération.*
      - α) Le juge fait le procès sien.
      - β) Objets jetés ou répandus sur la voie publique.
      - γ) Objets suspendus sur une fenêtre.

Effets des obligations.

I. Droit commun.

- **1° Théorie des fautes.**
  - *Définition* : Elle a pour objet de déterminer le degré de responsabilité qui incombe au débiteur au cas d'in cution de l'obligation.
  - *Contrats de droit strict.* — Le débiteur ne répond que de sa faute positive (*in committendo*).
  - *Contrats de bonne foi.*
    - Dol ou faute lourde.
    - Faute légère *in concreto*.
    - Faute légère *in abstracto*.
- **2° Théorie des risques.**
  - *Définition* : C'est celle qui a pour objet de déterminer qui, du débiteur ou du créancier, subira les conséqu de l'inexécution fortuite de l'obligation.
  - *Distinction.*
    - *Contrat unilatéral* : Le débiteur est libéré par la perte fortuite de la chose du
    - *Contrat synallagmatique* : La perte est pour le créancier.
- **3° Théorie de la mora** (*Mise en demeure*).
  - *Définition* : La *mora* est le retard injuste que le débiteur met à s'exécuter.
  - *De quoi elle résulte ?*
    - En principe, interpellation du débiteur.
    - Exception, au cas de vol, *mora* de plein droit (*ex re*).
  - *Effets.*
    - 1° Elle met les risques à la charge du débiteur.
    - 2° Dans les contrats de bonne foi, elle fait courir les intérêts et rend les fruits gibles.

II. Singularités de certaines obligations.

- **1° Obligation alternative.**
  - Porte sur deux objets au choix du créancier ou débiteur.
  - Le débiteur est libéré seulement quand les deux objets ont péri.
- **2° Obligation facultative.**
  - Un seul objet est dû. Mais le débiteur peut se libérer en donnant un autre objet.
- **3° Obligation conditionnelle et à terme.**
  - 1° La condition est un événement futur et incertain ; le terme, un événement futur mais inévitable.
  - 2° La condition suspend la naissance de l'obligation et le terme l'exercice seulement.
- **4° Obligations naturelles.**
  - *Définition* : Ce sont celles qui ne sont pas sanctionnées par une action en justice.
  - *Sources.*
    - *a*) Obligations naturelles originaires.
    - *b*) Obligations civiles dégénérées.
  - *Effets.*
    - Négatif. N'engendrent pas d'action.
    - Positif. Leur exécution est un paiement.

Extinction des obligations.

Le parallélisme : Règle primitive d'après laquelle une obligation ne pouvait s'éteindre que par un mode symétrique à sa formation : une obligation née par par s'éteignait par des paroles inverses, etc. Le paiement seul était insuffisant.
Sa disparition : Vraisemblablement à la fin de la République, sous Cicéron.

- **Classification.**
  - 1° Modes d'extinction volontaires ou nécessaires ;
  - 2° Modes d'extinction généraux ou spéciaux ;
  - 3° Modes d'extinction opérant de plein droit (*ipso jure*) ou à l'aide d'une exception (*exceptionis ope*).
- **I. Modes d'extinction ipso jure.**
  - **1° Paiement.**
    - *Définition* : Il consiste dans l'exécution même de l'obligation.
    - *Qui peut payer ?* Le débiteur, le codébiteur ou un tiers.
    - *Capacité requise* : Propriétaire et capable d'aliéner.
    - *A qui doit-on payer ?* Au créancier ou à son mandataire capable de rendre sa condition pire.
    - *Dation en paiement* : Consiste à donner une chose à la place d'une autre.
  - **2° Novation.**
    - *Définition* : C'est le transfert du contenu d'une ancienne obligation dans une obligation nouvelle.
    - *Epoque classique.*
      - 1° Il faut identité d'objet ;
      - 2° Une forme particulière. Stipulation ;
      - 3° Un élément nouveau (créancier, débiteur, cause, modalité).
    - *Réformes de Justinien.*
      - 1° Novation par changement d'objet ;
      - 2° Intention formelle de nover.
    - *Effets.*
      - 1° Eteint la dette et en fait naître une autre ;
      - 2° Eteint les garanties de la dette ;
      - 3° Arrête le cours des intérêts conventionnels ;
      - 4° Purge la demeure.
    - *Novation nécessaire.*
      - *Source* : Résulte de la *litis contestatio*.
      - Particularités.
        - 1° Laisse subsister les garanties ;
        - 2° N'arrête pas les intérêts conventionnels ;
        - 3° Confirme la demeure.
  - **3° Acceptilatio.**
    - a) *Verbale.*
      - *Définition* : Faite par paroles sacramentelles pour éteindre les obligations verbales.
      - *Forme* : Le débiteur interroge le créancier : as-tu reçu ce que je te dois ? j'ai reçu, dit le créancier.
      - Fonction.
        - 1° Accompagner et renforcer le paiement ;
        - 2° Réaliser une donation.
      - Formule Aquilienne.
        - Imaginée par Aquilius Gallus, pour transformer toutes sortes de droits en obligation née *verbis*, pour l'éteindre par *acceptilatio*.
    - b) *Littérale.*
      - Mention mise sur le codex que le débiteur a payé.
    - c) *Per æs et libram.*
      - Extinction des obligations résultant du *nexum* par l'airain et la balance.
- **II. Modes d'extinction opérant exceptionis ope.**
  - **1° Compensation.**
    - *Définition* : Se produit quand le débiteur devient créancier de son créancier ou inversement.
    - *Histoire.*
      - 1re Période : Avant Marc-Aurèle.
        - *a*) Cas de l'*argentarius*.
        - *b*) Cas de l'*emptor bonorum*.
        - *c*) Cas de contrats de bonne foi.
      - 2e Période : Marc-Aurèle. — Compensation admise dans les contrats de droit strict.
      - 3e Période : Justinien. — Compensation opérant de plein droit.
  - **2° Pacte de non petendo.**
    - *Définition* : Pacte de remise de dette.
    - *Différence avec l'acceptilatio.*
      - 1° Eteint la dette à l'aide d'une exception ;
      - 2° S'applique à toutes sortes d'obligations.
- **III. Transmission des obligations.**
  - **1° Après décès.**
    - *Droit primitif* : Obligations intransmissibles.
    - *Loi des XII tables* : Obligations transmissibles.
  - **2° Entre vifs.**
    - *Principe* : Incessibilité des créances, en raison de leur caractère personnel.
    - *Expédients employés.*
      - *a*) Novation par changement de créancier.
      - *b*) *Procuratio in rem suam*. Mandat donné par le cédant au cessionnaire de poursuivre le débiteur.

Garantie des obligations.

- **Deux sortes.**
  - 1° *Réelles.*
    - Gage.
    - Hypothèque.
  - 2° *Personnelles.*
    - Corréalité.
    - Solidarité.
    - Cautionnement.
- **I. Corréalité.**
  - **1° Corréalité active.**
    - *Définition* : Elle existe quand il y a plusieurs créanciers et un seul objet.
    - *Sources.*
      - Stipulation.
      - Legs.
    - *Effets.*
      - 1° Chaque créancier peut réclamer le montant intégral au débiteur. Celui-ci est libéré par la poursuite de l'un ou le paiement à l'un d'eux.
      - 2° De plein droit, contre le créancier qui a touché les autres n'ont pas d'action. Ils doivent prouver qu'il y a eu mandat ou société.
  - **2° Corréalité passive.**
    - *Définition* : Elle existe quand il y a plusieurs débiteurs pour la même dette.
    - *Sources.*
      - Stipulation.
      - Legs.
    - *Utilité.*
      - Garantie pour le créancier.
    - *Effets.*
      - 1° Le créancier peut réclamer le montant intégral de la dette à l'un des débiteurs, à son choix.
      - 2° La poursuite de l'un des débiteurs libère les autres.
      - 3° Le débiteur qui a payé ne peut agir contre les autres qu'en prouvant qu'il y a eu mandant ou société.
  - **3° Solidarité.**
    - *Sources* : Résulte d'une faute commise par plusieurs ensemble.
    - *Particularités.*
      - 1° Le paiement et non la poursuite de l'un libère les autres.
      - 2° Entre débiteurs solidaires on présume la société.
- **I. Cautionnement.**
  - *Définition* : C'est un contrat par lequel une personne s'engage envers un créancier, à côté du débiteur, pour garantir sa dette.
  - **1re forme : Sponsio et Fidepromissio.**
    - a) *Différence.*
      - α) Forme.
      - β) Application. Citoyens ou Pérégrins.
    - b) *Ressemblances.*
      - α) Ne s'appliquent qu'aux obligations verbales.
      - β) Non transmissibles passivement.
      - γ) Loi Furia.
      - δ) Loi Apuleia.
      - ε) Loi Cicereia.
  - **2e forme : Fidejussio**
    - *Forme : Idem fidejubesne ? fidejubeo.*
    - *Condition du fidejusseur* : débiteur *correus*.
    - *Tempéraments.*
      - a) Bénéfice de cession d'action.
      - b) Bénéfice de division (Hadrien).
      - c) Bénéfice de discussion (Justinien).
  - **3e forme : Fidejussio indemnitatis.**
    - *Forme* : Le fidéjusseur promet ce que ne pourra pas payer le débiteur principal.
    - *Conséquences.*
      - 1° La dette du fidéjusseur est conditionnelle.
      - 2° Elle est subsidiaire ;

II. Cautionnement (*suite*).	**4° Mandatum pecuniæ credendæ.**	*Définition* : Mandat de prêter de l'argent à une autre personne. *Caractère* : Il en résulte un cautionnement ; parce que si l'emprunteur est insolvable, le mandataire se retou[r]nera contre le mandant par l'action de mandat. *Différences avec fidéjusseur.* — 1° Contrat de bonne foi. 2° Contrat consensuel.
	5° Constitut alieni debiti.	Pacte par lequel on s'engage envers un créancier à lui payer ce qui lui est dû par une autre personne.
	Sénatus-consulte Velléien.	*Origines* : Publié en 46 après J.-C. sous Claude, pour interdire aux femmes d'intercéder pour autrui. *Sanction* : Nullité de l'intercession, sans laisser subsister une obligation naturelle. *Sous Justinien* : La femme peut renoncer au Velléien, sauf en faveur de son mari.

QUATRIÈME PARTIE. — **Les successions**.

Deux principes essentiels.
1° Préférence marquée des Romains pour la succession testamentaire.
2° On ne peut mourir partie *testat* et partie *intestat*.

SECTION I. — SUCCESSION LÉGITIME OU AB INTESTAT.

I. Loi des XII tables.
1° Héritiers siens ;
2° Agnats ;
3° Gentiles.

II. Droit prétorien.
Bonorum possessio : Hérédité prétorienne, accordée aux parents naturels, concurremment avec les héritiers civils, à leur défaut ou à le[ur] détriment.
Moyen employé : Procédés empiriques usités à l'occasion de la pétition d'hérédité.

Acquisition.
Demande adressée au Préteur dans un certain délai.
Confère la propriété bonitaire. Pour entrer en possession, il doit exercer l'interdit *quorum bonorum*.

Classification.
1° *Bonorum possessiones ab intestat.*
a) *Unde liberi.*
b) *Unde legitimi.*
c) *Unde cognati.*
d) *Unde vir et uxor.*
2° *Bonorum possessio testamentaire.*

III. Droit impérial.
1° *Sénatus-consulte Tertullien* : Sous Hadrien. La mère succède à ses enfants ;
2° *Sénatus-consulte Orphitien* : Sous Marc-Aurèle et Commode. Les enfants succèdent à leur mère.

IV. Justinien. (*Novelles* 118 *et* 127).
Abolition de l'agnation.
1er Ordre : Descendants.
2e Ordre : Ascendants et frères et sœurs germains.
3e Ordre : Frères et sœurs consanguins et utérins.
4e Ordre : Collatéraux ordinaires.

SECTION II. — LE TESTAMENT.

Définition : Le testament est l'acte contenant l'institution d'héritier.
Point essentiel : L'institution d'héritier est la clef de voûte du testament.
Conséquence : Si elle est nulle ou caduque, le testament entier croule.

I. Formes du testament.	**1° Droit civil.**	a) *Testament comitial.*	α) D'abord, véritable loi. β) Depuis loi des XII tables, liberté du testateur.
		b) Testament militaire *in procinctu.*	
		c) *Testament per æs et libram primitif.*	Vente fictive de la succession à l'héritier *familiæ emptor* dans la forme d'une mancipation.
		d) *Testament per æs et libram perfectionné.*	α) *Mancipatio* à un intermédiaire. β) *Nuncupatio* désignant l'héritier.
		e) *Testament nuncupatif.*	Testament verbal devant sept témoins.
	2° Droit prétorien.	Testament écrit par le testateur, présenté à sept témoins et scellé par eux de leurs cachets.	
	3° Droit Impérial.	Testament tripartite. Les sept témoins inscrivent leur nom au bas du testament.	
II. Institution d'héritier.	*Sa place* : En tête du testament. *Caput totius testamenti.* *Forme* : En latin et sous forme impérative. Que Titius soit mon héritier.		
	Etendue.	a) *Héritier unique.*	A vocation à tout.
		b) *Héritiers multiples.*	α) Sans attribution de parts. β) Avec détermination de parts.
	Modalités.	Condition suspensive. Le terme suspensif et le terme extinctif, non admissible. La condition impossible et la condition illicite sont réputées non écrites.	
	Substitution.	a) *Vulgaire* : Institution subsidiaire d'héritiers. b) *Pupillaire* : Testament fait par un père pour son fils impubère, pour le cas où il mourrait avant l'âge de puberté. c) *Quasi-pupillaire* : Testament fait par un père pour son fils atteint d'aliénation mentale.	
III. Capacité en matière testamentaire.	**1° Pour faire un testament.**	3 *groupes d'incapables.*	1° Ceux qui n'ont pas le *commercium* ; 2° Les personnes *alieni juris* ; 3° Certaines personnes ayant le *commercium.*
	2° Pour être institué héritier.	3 *groupes d'incapables.*	1° Ceux qui n'ont pas le *commercium* ; 2° Les femmes par les citoyens de la 1re classe. 3° Les personnes incertaines.
		Institution d'un enclave.	a) *du défunt* : Il doit être affranchi avant Justinien. b) *d'autrui* : Son maître doit être capable d'être institué.
IV. Liberté de tester.	**Historique.**	*Primitivement* : Pas de liberté testamentaire. Loi comitiale nécessaire. *Loi des XII tables* : Liberté absolue du père de famille. 1re *Restriction : de forme* : Exhérédation 2e *Restriction : de fonds* : *Quærela inofficiosi testamenti.*	

IV. Liberté de tester (*suite*).

- **1° Théorie de l'exhérédation.**
  - *Définition* : Théorie d'après laquelle le *paterfamilias* ne peut dépouiller un héritier sien de son droit héréditaire par simple omission. Il doit ou l'instituer ou l'exhéréder.
  - a) *Droit civil.*
    - α) Qui doit être institué ou exhérédé ? — Les héritiers siens.
    - β) Forme d'exhérédation. — *Nomination*, pour les fils. *Inter cœteros*, pour les filles ou petits-fils.
    - γ) Sanction. — *Omission d'un fils.* Nullité. *Omission d'un petit-fils ou filles. Jus accrescendi.*
  - b) *Droit Prétorien.*
    - α) Qui doit être institué ou exhérédé ? — Tous les descendants, même les émancipés.
    - β) Forme. — *Nomination*, pour les fils et petits-fils. *Inter cœteros*, pour les filles.
    - γ) Sanction. — *Bonorum possessio contra tabulas.*
  - c) *Droit de Justinien.*
    - α) Qui doit être institué ou exhérédé ? — Mêmes solutions que le Préteur.
    - β) Forme. — *Nominatim*, toujours.
    - γ) Sanction. — Mêmes solutions que le Préteur.
    - Théorie de l'exhérédation abolie par la Novelle 115.
- **2° Querela inofficiosi testamenti.**
  - *Définition* : Action qui appartient aux parents les plus proches dépouillés injustement de leur droit héréditaire, pour faire tomber le testament. Testament inofficieux, c'est-à-dire contraire au devoir (*officium*) envers les proches.
  - *Origine historique* : Jurisprudence du tribunal des *Centumvirs*.
  - *A qui elle appartient ?*
    - a) Descendants.
    - b) Ascendants.
    - c) Frères et sœurs, auxquels on a préféré une *persona turpis*.
  - *Conditions requises.*
    - 1° Exhérédation injuste ;
    - 2° Absence de légitime, quart de la part héréditaire *ab intestat* ;
    - 3° Absence d'aucun autre moyen. Moyen subsidiaire.
  - *Effets.* — Quand la *Querela* réussissait, l'institution d'héritier tombait et avec lui les legs, les affranchissements et *fidéicommis*.
  - *Extinction.*
    - a) Mort du *Querelans*.
    - b) Renonciation.
    - c) Prescription. 2 ans d'abord, puis 5 ans.
  - *Réformes de Justinien.*
    - a) Causes d'exhérédation arrêtées.
    - b) Légitime variant suivant le nombre d'enfants.

V. Inefficacité du testament.

- **1° Testament injustum.** — Nul pour vice originaire.
- **2° Testament ruptum.**
  - a) Confection d'un testament postérieur.
  - b) Survenance d'un héritier sien.
- **3° Testament irritum.** — *Deminutio capitis* subie par le testateur.
- **4° Testament destitutum.** — Lorsque les héritiers ne peuvent ou ne veulent accepter l'hérédité.

SECTION III. — ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

I. Héritiers nécessaires.

- *Définition* : C'est l'esclave que le défunt instituait héritier dans son testament en lui conférant la liberté. Il était dit « nécessaire » parce qu'il ne pouvait répudier.
- **Paiement des dettes.**
  - 1° La vente des biens héréditaires avait lieu au nom de l'esclave affranchi qui subissait la note d'infamie en r[ésultant].
  - 2° Pour le surplus des dettes non payées il restait tenu sur ses biens à venir.
- **Tempérament Prétorien.** — *Jus separationis* : Grâce à ce moyen l'héritier nécessaire ne pouvait plus être poursuivi sur ses biens personnels. Il continuait à subir la note d'infamie.

II. Héritiers siens et nécessaires

- *Définition* : C'est l'enfant qui, étant sous la puissance immédiate du père de famille au moment de sa mort, devient *sui juris* par sa mort. On l'appelait sien, parce qu'il héritait de lui-même en quelque sorte, et nécessaire, parce qu'il ne pouvait répudier.
- **Paiement des dettes.** — Même situation que pour l'héritier nécessaire.
- **Tempérament Prétorien.** — *Jus abstinendi*. L'héritier restait étranger à la succession. Ni infamie, ni paiement des dettes sur ses biens propres.

III. Héritiers externes ou volontaires.

- *Définition* : Ce sont ceux qui peuvent répudier la succession.
- **Comment ils acquéraient l'hérédité ?**
  - Par l'adition. Jusque-là hérédité jacente.
  - S'il meurt avant l'adition, il ne transmet rien à ses héritiers.
- **1° Hérédité jacente.**
  - *Définition* : Situation de l'hérédité avant l'adition par un héritier externe.
  - *Inconvénients.*
    - 1° Culte privé négligé ;
    - 2° Biens à l'abandon ;
    - 3° Esclaves héréditaires sans maitre.
  - *Remèdes*
    - 1° Usucapion *pro herede* ;
    - 2° Fiction de personnalité de la succession.
- **2° Délai pour prendre parti.**
  - *Ancien droit* : Aucun délai en dehors de l'institution avec crétion (100 jours).
  - *Droit Prétorien* : Délai de 100 jours imposé à l'héritier sur la demande des créanciers.
  - *Justinien* : Délai de 9 mois.
- **3° Adition d'hérédité.**
  - *Définition* : Acte par lequel l'héritier manifeste son intention d'accepter la succession.
  - *Forme.*
    - *a*) Expresse.
      - α) Solennelle. *Cretio*.
      - β) Non solennelle.
    - *b*) Tacite. — Se comporter comme héritier.
  - *Effets.*
    - *Idée essentielle* : L'héritier est le continuateur de la personne du défunt.
    - Conséquences.
      - *a*) Actif. Passe à l'héritier.
      - *b*) Passif. L'héritier tenu indéfiniment.
      - *c*) Charges. L'héritier tenu d'acquitter les legs et fidéicommis.
    - Inconvénients pour l'héritier.
      - Paiement des dettes au delà de l'actif.
      - Remède sous Justinien. Bénéfice d'inventaire.
    - Inconvénients pour les créanciers du défunt.
      - Concours avec les créanciers personnels d'un héritier insolvable.
      - Remède prétorien : Séparation des patrimoines.
    - Inconvénients pour les créanciers de l'héritier.
      - Concours avec les créanciers de la succession.
      - Aucun remède.

III. Héritiers externes ou volontaires (*suite*).
- **4° Répudiation.**
  - *Forme* : Aucune forme prescrite.
  - *Effets.*
    - 1° Un seul héritier institué. Ouverture de la succession *ab intestat*.
    - 2° Un substitué établi. Son droit naît.
    - 4° Cohéritiers institués. Accroissement.

CINQUIÈME PARTIE. — **Donations entre vifs et testamentaires.**

SECTION I. — DONATIONS PROPREMENT DITES.

I. Donations entre vifs.
- *Définition* : Acte par lequel une personne (donateur) se dépouille de son vivant d'un bien en faveur d'une autre personne (donataire).
- **1° Formation.**
  - a) *Eléments.*
    - α) Appauvrissement du donateur.
    - β) Enrichissement du donataire.
    - γ) Esprit de libéralité.
  - b) *Moyens de réaliser.*
    - Simple convention insuffisante.
    - Procédés usuels.
      - α) Dation.
      - β) Promesse par paroles solennelles ou par écrit sur le codex.
      - γ) Remise de dette.
      - Sous Antonin le Pieux, pacte de donation valable entre ascendant et descendant.
      - Sous Justinien, convention de donner obligatoire, entre toutes personnes.
- **2° Restrictions à la faculté de donner.**
  - a) *Loi Cincia.*
    - *Date* : 550 de Rome.
    - *Objet* : Interdit des donations au delà d'un certain taux (inconnu).
    - *Sanction* : Nullité de la donation excessive. Mais le donateur n'a qu'une exception et non une action pour s'en prévaloir (Loi imparfaite).
  - b) *Insinuation.*
    - *Définition* : Transcription de la donation sur des registres publics.
    - *Origine* : Prescrite par Constance Chlore : maintenue par Justinien au delà de 500 sous d'or.
    - *Sanction* : Réduction à 500 sous d'or.

II. Donations à cause de mort.
- *Définition* : Faites pour le cas où le donateur mourrait avant le donataire.
- **Particularités.**
  - 1° *Caduques*, au cas de prédécès du donataire :
  - 2° *Révocables* librement.
- **Deux variétés.**
  - 1° Sous condition suspensive.
  - 2° Sous condition résolutoire.

III. Donations entre époux.
- 1re Période : Jusqu'après loi Cincia. Donations permises, mais rares, à cause de la *manus*.
- 2e Période : Après loi Cincia. Donations interdites. Crainte d'entrainement, crainte de chantage à cause du divorce.
- 3e Période : Sénatus-consulte de Sévère et Antonin Caracalla. Donation validée par le prédécès du donateur, sans divorce ni révocation.

IV. Dot.

Définition : Bien que la femme apporte au mari pour subvenir aux dépenses du ménage.

- **Historique.**
  - 1re période. Le mari est propriétaire de la dot et n'est jamais tenu de la rendre.
  - 2e période. Le mari est propriétaire de la dot et tenu de la rendre au cas de survie de la femme ou de divorce.
  - 3e période. Le mari est propriétaire de la dot et toujours tenu de la rendre à la dissolution du mariage.
- **Constitution.**
  - Dot profectice, par le père.
  - Dot adventice, par toute autre personne.
  - *Procédés.*
    - 1° *Datio*. Transfert de propriété.
    - 2° *Dictio*. Contrat solennel verbal.
    - 3° *Promissio*. Par stipulation.
- **Droit et pouvoirs du mari.**
  - *Droit.* Propriétaire des biens dotaux.
  - *Pouvoirs.*
    - Au début, pouvoirs sans limite.
    - Loi Julia sous Auguste.
      - 1° Il ne peut aliéner sans la femme.
      - 2° Il ne peut hypothéquer même avec elle.
    - Sous Justinien. Aliénation assimilée à l'hypothèque.
- **Restitution de la dot.**
  - *Epoque classique.*
    - La femme a deux actions : *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*.
    - Différences.
      - 1° L'une de bonne foi, l'autre de droit strict.
      - 2° L'une comportant des délais de restitution ; l'autre n'en comportant pas.
      - 3° L'une autorisant le mari à retenir diverses parties de la dot. L'autre ne l'y autorisant pas.
  - *Sous Justinien.* Fusion des deux actions dans l'*actio ex stipulatu*, de bonne foi.
  - *Garanties de restitution.*
    - *Epoque classique*. Privilège à l'égard des créanciers chirographaires.
    - *Sous Justinien*. Hypothèque privilégiée.

SECTION II. — DES LEGS.

Définition : Le legs est une libéralité faite dans un testament et mise à la charge de l'héritier.
Eléments constitutifs : 1° Il doit être fait dans un testament.
2° Il doit être mis à la charge d'un héritier.

I. Forme des legs.

- **1° Droit ancien.**
  - a) *Legs per vindicationem.*
    - *Définition* : Legs de la propriété quiritaire ou d'un droit réel civil.
    - *Forme* : Je donne et lègue l'esclave Stichus à Titius.
    - *Etendue d'application* : Ne s'applique qu'aux choses dont on est propriétaire quiritaire.
  - b) *Legs per præceptionem.*
    - *Définition* : Confère à un des héritiers le droit de prendre le bien légué avant tout partage de la succession.
    - *Etendue d'application* : S'applique seulement aux choses dont on est propriétaire quiritaire ou bonitaire.
  - c) *Legs per damnationem.*
    - *Définition* : Confère au légataire un droit de créance contre l'héritier,
    - *Etendue d'application* : S'applique à sa chose, à celle de l'héritier ou à la chose d'autrui.
  - d) *Legs sinendi modo.*
    - *Définition* : Confère au légataire un droit de créance.
    - *Etendue d'application* : Sa chose ; celle de l'héritier et la chose d'autrui.
- **2° Sénatus-consulte Néronien.** Tout legs nul en raison de sa forme vaudra comme legs *per damnationem*.
- **3° Droit de Justinien.** Suppression de toute forme. Action personnelle, réelle et hypothécaire du légataire.

II. Acquisition du legs.	**Distinction fondamentale.**	*Dies cedit*, jour où le droit au legs naît en la personne du légataire. *Dies venit*, jour où le droit au legs devient exigible. Le légataire doit être vivant et capable au moment du *dies cedit*.
	Quand se placent les deux moments ?	*Principe* : *Dies cedit*, à la mort du testateur, *dies venit* à l'adition d'hérédité. *Exceptions.* 1° Pour le legs conditionnel à l'arrivée de la condition ; 2° Pour le legs fait à son esclave ou pour le legs d'usufruit, à l'adition d'hérédité.
II. Restrictions à la faculté de léguer.	**Inconvénients des legs.**	Ils enlèvent à l'héritier tout intérêt à accepter la succession.
	Premiers remèdes.	1° Loi *Furia testamentaria*, défense de léguer plus de 1.000. 2° Loi *Voconia*, défense de laisser plus au légataire qu'à l'héritier.
	Loi Falcidie.	Plébiscite de 714 de Rome. Oblige le défunt à laisser un quart au moins de la succession à l'héritier. *Quarte falcidie.*

SECTION III. — DES FIDÉICOMMIS.

Définition : Acte par lequel une personne en charge une autre (fiduciaire) de transmettre toute sa succession ou une quote-part de sa succession ou un bien déterminé de la succession à une troisième personne (fidéicommissaire).

Historique.	*Avant Auguste* : Le *fidéicommis* n'est pas obligatoire. *Sous Auguste* : Le *fidéicommis* est rendu obligatoire.	
I. Fidéicommis d'hérédité.	**1° Ancien droit.**	L'héritier, continuateur du défunt, est propriétaire créancier, et débiteur à sa place. Il faut qu'il transfère au fidéicommissaire la propriété des biens héréditaires. Pour les créances et pour les dettes stipulations réciproques.
	2° Sénatus-consulte Trébellien.	*Date* : Sous Néron, en 56. *Objet* : Transfert de propriété entre fiduciaire et fidéicommissaire par simple convention : Actions utiles au profit et contre le fidéicommissaire.
	3° Sénatus-consulte Pégasien.	*Date* : Sous Vespasien. *Objet* : Le défunt doit laisser le quart de la succession au fiduciaire (quarte pégasienne).
	4° Sous Justinien.	Fusion des deux sénatus-consultes.
II. Fidéicommis particuliers.	Est relatif à un objet déterminé. Ressemble au legs. Mais en diffère cependant : 1° En ce qu'il est fait par codicille ; 2° En ce qu'il peut être mis à la charge d'un légataire ou d'un fidéicommissaire ; 3° En ce qu'il ne fait naître qu'un droit de créance.	
II. Lois caducaires.	*Définition* : Ce sont deux lois rendues sous Auguste et frappant de déchéance les célibataires et les gens mariés sans enfant (*orbi*). *Parts caduques* : Attribuées en récompense aux héritiers ou aux légataires *patres*.	

SIXIÈME PARTIE. — **Les Actions.**

SECTION I. — ORGANISATION JUDICIAIRE

Sous les deux premiers systèmes de procédure, division du procès en deux phases : l'une devant le magistrat (le *jus*), l'autre devant le juge (*judicium*).

I. Magistrats.	*Royauté* : Les Rois.	
	République.	Les consuls. Le Préteur (387), le préteur pérégrin (512). Les édiles curules.
	Principat et Bas-empire.	Empereur. Préfet du prétoire. Préfet de la ville. Préfet de l'annone. Préfets des vigiles.
II. Juges.	*Judex unus* ou *Privatus*. L'*arbiter*. Récupérateurs (3 ou 5). Tribunal des *centumvirs* (pour les successions), Tribunal des *décemvirs* (pour la liberté et le droit de cité).	

SECTION II. — PROCÉDURE CIVILE.

Définition : Règles de forme à observer dans un procès devant le tribunal.

Trois formes successives.	1° Actions de la loi ; 2° Procédure formulaire ; 3° Procédure extraordinaire.	
I. Actions de la loi (*Legis actiones*).	**Caractéristiques.**	1° Deux phases, *jus* et *judicium*. 2° Procédure devant le magistrat très formaliste. 3° Rôle du magistrat seul.
	1° Sacramentum.	Forme générale d'engager toute sorte de procès. Procédure par le pari. Le juge avait à dire qui l'avait gagné et indirectement qui avait raison.
	2° Judicis Postulatio.	Procédure plus simple. Les parties demandent un juge au magistrat.
	3° Condictio.	Dénonciation du demandeur au défendeur de venir devant le magistrat prendre un juge.
	4° Manus injectio.	Voie d'exécution sur la personne du débiteur.
	5° Pignoris capio.	Prise d'un gage par le créancier sur un bien du débiteur.

II. Procédure formulaire.

- *Définition* : Elle est ainsi appelée parce qu'elle a pour trait essentiel une formule écrite rédigée par le préteur et qui sert de base aux débats devant le juge.
- **Caractéristiques.**
  - 1° Procès toujours divisé en deux phases ;
  - 2° Devant le magistrat, les parties s'expliquent dans le langage ordinaire, sans paroles solennelles ;
  - 3° Le rôle du magistrat est prépondérant.
- **Formule.**
  - *Définition* : Ecrit par lequel le magistrat désigne le juge, lui explique quelle est la prétention du demandeur, quels sont les moyens de défense du défendeur et lui donne le pouvoir de condamner et d'absoudre le défendeur, suivant l'opinion qu'il se serait faite du procès.
  - a) *Parties principales.*
    - α) *Institutio Judicis.* Un tel sois juge.
    - β) *Demonstratio.* — Indique la cause de la prétention du demandeur. « Quod (de ce que) » ; n'existe pas : 1° dans les actions réelles ; 2° dans les *condictiones* ; 3° dans les actions *in factum*.
    - γ) *Intentio.* — Indique la prétention du demandeur. Existe nécessairement dans toutes les actions. Est *in jus* ou *in factum* ; *Certa* ou *incerta* ; *in rem* ou *in personam*.
    - δ) *Adjudicatio.* — Donne au juge le pouvoir d'attribuer la propriété à l'une des parties ; n'existe que dans les actions divisoires.
    - ε) *Condemnatio.* — Donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre. Condamnation toujours pécuniaire.
  - b) *Parties accessoires.*
    - α) *Exceptio.* — Partie de la formule par laquelle le magistrat ordonne au juge d'absoudre le défendeur malgré vérification de l'*intentio*, si telle circonstance s'est produite (Dol, pas de numération d'espèces, etc.). En d'autres termes, c'est un moyen de défense indirecte. Moyen prétorien employé pour corriger les rigueurs du droit civil.
    - β) *Replicatio.* — Réponse à l'*exceptio*. *Duplicatio*, réponse à la *replicatio*.
    - γ) *Præscriptiones.* — Mises en tête de la formule, en faveur du demandeur ou du défendeur.
- **Litis contestatio ou Acceptum judicium.**
  - *Définition* : C'est le dernier instant de la procédure devant le magistrat.
  - *Epoque* : Au moment où le défendeur acceptait la formule préparée par le préteur que le demandeur lui offrait.
  - *Effets.*
    - 1° Eteint le droit antérieur et fait naitre un droit nouveau, droit à la condamnation :
    - 2° Rend perpétuelles les actions temporaires ;
    - 3° Rend transmissibles les actions personnelles.

III. Procédure extraordinaire.

- *Définition* : Est caractérisée par la disparition du juge. Le magistrat statue *extra ordinem judiciorum* (en dehors de l'*ordo* des juges privés).
- *Date* : Au Bas-empire ; époque indéterminée, un peu avant Dioclétien.
- **Marche de la procédure.**
  - 1° Plus de juge privé ;
  - 2° Plus de formule ;
  - 3° *Litis contestatio* se produit au moment où les conclusions ont été posées par les parties ;
  - 4° Condamnation à la chose elle-même.

II. Procédure formulaire.

- *Définition* : Elle est ainsi appelée parce qu'elle a pour trait essentiel une formule écrite rédigée par le préteur et qui sert de base aux débats devant le juge.
- **Caractéristiques.**
  - 1° Procès toujours divisé en deux phases ;
  - 2° Devant le magistrat, les parties s'expliquent dans le langage ordinaire, sans paroles solennelles ;
  - 3° Le rôle du magistrat est prépondérant.
- **Formule.**
  - *Définition* : Ecrit par lequel le magistrat désigne le juge, lui explique quelle est la prétention du demandeur, quels sont les moyens de défense du défendeur et lui donne le pouvoir de condamner et d'absoudre le défendeur, suivant l'opinion qu'il se serait faite du procès.
  - a) *Parties principales.*
    - α) *Institutio Judicis.* Un tel sois juge.
    - β) *Demonstratio.* Indique la cause de la prétention du demandeur. « Quod (de ce que) » ; n'existe pas : 1° dans les actions réelles ; 2° dans les *condictiones* ; 3° dans les actions *in factum.*
    - γ) *Intentio.*
      - Indique la prétention du demandeur.
      - Existe nécessairement dans toutes les actions.
      - Est *in jus* ou *in factum* ;
      - *Certa* ou *incerta* ;
      - *in rem* ou *in personam.*
    - δ) *Adjudicatio.* Donne au juge le pouvoir d'attribuer la propriété à l'une des parties ; n'existe que dans les actions divisoires.
    - ε) *Condemnatio.* Donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre. Condamnation toujours pécuniaire.
  - b) *Parties accessoires.*
    - α) *Exceptio.*
      - Partie de la formule par laquelle le magistrat ordonne au juge d'absoudre le défendeur malgré vérification de l'*intentio*, si telle circonstance s'est produite (Dol, pas de numération d'espèces, etc.).
      - En d'autres termes, c'est un moyen de défense indirecte.
      - Moyen prétorien employé pour corriger les rigueurs du droit civil.
    - β) *Replicatio.*
      - Réponse à l'*exceptio.*
      - *Duplicatio*, réponse à la *replicatio.*
    - γ) *Præscriptiones.* Mises en tête de la formule, en faveur du demandeur ou du défendeur.
- **Litis contestatio ou Acceptum judicium.**
  - *Définition* : C'est le dernier instant de la procédure devant le magistrat,
  - *Epoque* : Au moment où le défendeur acceptait la formule préparée par le préteur que le demandeur lui offrait.
  - *Effets.*
    - 1° Eteint le droit antérieur et fait naître un droit nouveau, droit à la condamnation :
    - 2° Rend perpétuelles les actions temporaires ;
    - 3° Rend transmissibles les actions personnelles.

III. Procédure extraordinaire.

- *Définition* : Est caractérisée par la disparition du juge. Le magistrat statue *extra ordinem judiciorum* (en dehors de l'*ordo* des juges privés).
- *Date* : Au Bas-empire ; époque indéterminée, un peu avant Dioclétien.
- **Marche de la procédure.**
  - 1° Plus de juge privé ;
  - 2° Plus de formule ;
  - 3° *Litis contestatio* se produit au moment où les conclusions ont été posées par les parties ;
  - 4° Condamnation à la chose elle-même.

SECTION III. — ÉTUDE PARTICULIÈRE DES ACTIONS ET AUTRES MOYENS DE SANCTION.

I. Des actions.

- **Sens divers.**
  - 1° Moyen de sanction ;
  - 2° Mise en œuvre de ce moyen ;
  - 3° Façon d'agir en justice.
- **1° Classification générale.**
  - 1° *Actions réelles et personnelles.*
    - Sanctionnent les droits réels ou les droits de créance.
    - Intérêts pratiques.
      - *a*) Dans l'action réelle, pas de *demonstratio*.
      - *b*) Dans l'*intentio* de l'action réelle, le nom du défendeur ne figure pas.
      - *c*) Toutes les actions réelles sont arbitraires.
      - *d*) Dans les actions réelles le défendeur doit garantir l'exécution de la condamnation.
  - 2° *Actions civiles et Prétoriennes.*
    - Suivant qu'elles sont créées par le droit civil ou par le préteur.
    - Actions réelles civiles.
      - *a*) Revendication.
      - *b*) Action confessoire.
      - *c*) Action négatoire.
      - *d*) Pétition d'hérédité.
    - Actions réelles prétoriennes.
      - *a*) Action publicienne.
      - *b*) Action servienne.
      - *c*) Action quasi-servienne ou hypothécaire.
      - *d*) Pétition d'hérédité possessoire.
  - 3° *Actions in jus ou in factum.*
    - L'une sanctionne un droit reconnu par le droit civil ; l'autre est créée par le Préteur.
    - Intérêts pratiques.
      - *a*) L'une a une *intentio in jus*, l'autre *in factum*.
      - *b*) L'office du juge dans l'une est de vérifier si le droit existe ou non, dans l'autre de vérifier si tel fait s'est produit ou non.
  - 4° *Actions directes, utiles, fictices.*
    - L'action directe résulte de l'application rigoureuse des règles du droit.
    - L'action utile était donnée, par voie d'extension de l'action directe.
    - Dans l'action fictice on supposait accomplie une condition qui ne l'était pas.
  - 5° *Actions arbitraires et non arbitraires.*
    - L'action arbitraire est celle qui autorise le juge à inviter le défendeur à procurer au demandeur satisfaction, sous peine de condamnation pécuniaire.
  - 6° *Actions de droit strict et actions de bonne foi.*
    - Les actions de droit strict sont celles où le juge doit s'en tenir à la lettre de la formule.
    - Les actions de bonne foi sont celles dans lesquelles le juge doit avant tout s'inspirer de l'équité ou de l'intention probable des parties contractantes.
    - Critérium.
      - Toutes les actions résultant des contrats unilatéraux sont de droit strict et des contrats synallagmatiques, de bonne foi.
    - Différence essentielle.
      - Les exceptions basées sur l'équité sont sous-entendues dans les actions de bonne foi.

I. Des actions (*suite*).

- **2° Étude particulière**
  - a) *Action en revendication.*
    - *Définition* : C'est l'action qui sanctionne la propriété quiritaire.
    - *Caractères* :
      - Action réelle, donc arbitraire.
      - Action civile, donc *in jus*.
    - Qui peut l'exercer ? Celui qui se prétend propriétaire quiritaire, et qui n'a pas la possession.
    - Contre qui ?
      - 1° Possesseur proprement dit ;
      - 2° Simple détenteur ;
      - 3° *Ficti possessores* ;
    - Procédure.
      - 1° *Sacramentum in rem* ;
      - 2° Procédure par *sponsio* ;
      - 3° *Formula petitoria*.
  - b) *Action publicienne.*
    - *Définition* : Action par laquelle une personne qui a perdu la possession d'une chose qu'elle était en train d'usucaper, avant la fin du délai d'usucapion, veut se faire mettre en possession de cette chose.
    - *Caractères*.
      - Action réelle, donc arbitraire.
      - Action prétorienne, et cependant *in jus*, parce que fictice.
    - Qui peut l'exercer ?
      - 1° Propriétaire bonitaire ;
      - 2° Acquéreur de bonne foi de la chose d'autrui.
      - 3° Propriétaire quiritaire.
    - Contre qui ?
      - Contre tout possesseur.
      - Mais non, en principe contre le propriétaire bonitaire.
  - c) *Action confessoire et négatoire*.
    - *Action confessoire*, pour faire reconnaître qu'on a une servitude réelle ou personnelle.
    - *Action négatoire*, pour faire reconnaître que son fonds est libre de toute servitude.
  - d) *Pétition d'hérédité*.
    - *Définition* : Action par laquelle on veut faire reconnaître qu'on est héritier civil d'une personne.
    - *Caractères*.
      - Action réelle, donc arbitraire.
      - Action civile, donc *in jus*.
    - Qui peut l'exercer ? Celui qui se prétend héritier civil et n'a pas la possession.
    - Contre qui ?
      - 1° Contre celui qui possède un bien héréditaire *pro herede* ;
      - 2° Contre celui qui possède *pro possessore*.
    - Sénatus-consulte Juventien.
      - *Date* : Sous Hadrien, en 129.
      - *Objet* : Le possesseur de bonne foi doit rendre ce dont il s'est enrichi ; le possesseur de mauvaise foi tout ce qu'il a recueilli, qu'il en ait profité ou non.

II. Des interdits.

- *Définition* : C'est un ordre que le magistrat donne à une personne à la requête d'une autre personne, de faire ou de ne pas faire quelque chose.
- **Procédure.**
  - 1° L'interdit était délivré sans examen de faits.
  - 2° Ou l'ordre était respecté, tout était terminé par là.
  - 3° Ou bien l'ordre était violé et alors il y avait organisation d'une instance pour terminer la contestation sur ce point.
- **Classification.**
  - 1° Interdits exibitoires, restitutoires ou prohibitoires ;
  - 2° Interdits profanes ou sacrés ;
  - 3° Interdits relatifs à la propriété ou à la possession.

I. Des interdits (*suite*).

Interdits possessoires.

- 1° *Adipiscendæ possessionis* (*Pour acquérir la possession*).
  - a) Interdit *quorum bonorum*.
  - b) Interdit Salvien.
- 2° *Retinendæ possessionis* (*Pour conserver la possession*).
  - a) *Uti possidetis* (immeubles).
  - b) *Utrubi* (meubles).
- 3° *Recuperandæ possessionis* (*Pour recouvrer la possession*).
  - a) *Unde vi*.
  - b) *De precario*.

III. In integrum restitutio.

Définition : Moyen prétorien qui fait considérer comme non avenu un acte valable d'après le droit civil et remet les choses dans l'état antérieur.

Cas d'application.

1° L'âge, pour les impubères et les mineurs de 25 ans ;
2° L'absence ;
3° L'erreur, le dol ou la violence ;
4° La *deminutio capitis* ;
5° La *fraus creditorum* ;

Conditions d'exercice.

1° Préjudice sérieux ;
2° Absence de tout autre moyen ;
3° Délai d'une année utile d'abord ; puis 4 ans continus.

Effets.

1er procédé. Le préteur annule l'acte et fait rendre le bien.
2e procédé. Le préteur se borne à annuler l'acte. L'intéressé devait agir ensuite pour ravoir son bien.

Imp. J. Thevenot. — Saint-Dizier (Haute-Marne).



